ПК
5
Т-78

Труды
юрид. общ-ва
том I
1910

ПК
5
Т78
E 20 / 1219

ТРУДЫ
ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ
Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества
М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

Предс. Админ. Отд. **В. Д. Кузьмина-Караваева** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова**

Томъ I
(1908—1909 г.)

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. остр., 5 лин., 28
1910

П 11/178

E20/1219 ПК 5 Т78

ТРУДЫ

ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

32194

ИЗДАВАЕМЫЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

Предсѣдателя Гражданскаго Отдѣленія Общества

М. М. Винавера

ПРИ БЛИЖАЙШЕМЪ УЧАСТІИ

Предс. Адмін. Отд. **В. Д. Кузьмина-Караваева** и Предс. Угол. Отд. **В. Д. Набокова**

№ 35298

Томъ I

(1908—1909 г.)

А 27

НКИД ЦЕНТРАЛЬНАЯ БИБЛИОТЕКА

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. остр., 5 лин., 28

1910

II/170 Н.

4039

Госуд. публичная историческая библиотека РСФСР
№24396 1970 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стр.
Отъ редакціи	VII—IX
1. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 3 мая 1908 г. . . .	1
Пренія по докладу **П. И. Люблинскаго:** *„Особые суды для юношества въ Англіи“*	3
2. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 15 декабря 1908 г. .	5
Докладъ **В. Д. Набокова:** *„Вопросъ объ отмѣнѣ смертной казни во Франціи“*	6
Пренія по докладу	32
3. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 27 декабря 1908 г. .	51
Докладъ **І. А. Малиновскаго:** *„Кровная месть и смертная казнь“* .	52
Пренія по докладу	71
4. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 18 января 1908 г..	84
Докладъ **В. М. Нечаева:** *„Замѣчанія на книгу V Проекта Гражданскаго Уложенія—обязательственное право. Раздѣлъ 1-й—обязательства вообще“*	84
Пренія по докладу	89
5. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 15 февраля 1908 г..	100
Продолженіе доклада **В. М. Нечаева:** *„Замѣчанія на книгу V, раздѣлъ 1-й, Проекта Гражданскаго Уложенія—объ обязательствахъ вообще“*	100
Пренія по докладу	103
6. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 20 марта 1908 г. .	112
Докладъ **Л. С. Таля:** *„Договоръ личнаго найма по Проекту Гражданскаго Уложенія“*	112
Пренія по докладу	126
7. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 31 октября 1908 г..	135

стр.

Докладъ **В. Р. Идельсона**: „*Страховой договоръ по Проекту Гражданскаго Уложенія*“ 135
Пренія по докладу 139
8. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 5 декабря 1908 г. . 146
Сообщеніе **М. М. Винавера**: „*Памяти Н. Н. Мясоѣдова*“ . . . 146
Докладъ **А. А. Пиленко**: „*Замѣчанія на внесенный въ Государственную Думу законопроектъ объ авторскомъ правѣ*“ 155
Пренія по докладу 157
9. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 18 декабря 1908 г.. 164
Докладъ **А. А. Пиленко**: „*Дальнѣйшія замѣчанія на внесенный въ Государственную Думу законопроектъ объ авторскомъ правѣ*“. 164
Пренія по докладу 165
10. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 12 января 1909 г. . 172
Докладъ **П. И. Люблинскаго**: „*Введеніе апелляціи по уголовнымъ дѣламъ съ присяжными въ Англіи*“ 172
Пренія по докладу 237
11. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 7 февраля 1909 г. . 242
Докладъ **В. Д. Набокова**: „*Уголовная отвѣтственность агента-провокатора*“. 242
Пренія по докладу 267
12. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 7 марта 1909 г. . . 279
Докладъ **Ю. Г. Малиса**: „*Судебно-медицинская экспертиза и роль врача, какъ судебнаго эксперта*“ 279
Пренія по докладу 287
13. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 16 января 1909 г... 295
Докладъ **С. А. Бѣляцкина**: „*Кодификація торговаго права отдѣльно отъ гражданскаго*“ 296
Пренія по докладу 301
14. Протоколъ соединеннаго засѣданія гражданскаго и уголовнаго отдѣленій 14 февраля 1909 г. 306
Докладъ **М. И. Кулишера**: „*Основы уголовнаго, гражданскаго и торговаго права 4000 лѣтъ назадъ*“ 306
Пренія по докладу 339
15. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 6 марта 1909 г. . 341
Докладъ барона **А. Л. Фрейтагъ-Лорингoвена**: „*Уравненіе мужчинъ и женщинъ въ области наслѣдственнаго права (по поводу законодательнаго предположенія, внесеннаго въ Государственную Думу)*“ 341
Пренія по докладу 358

стр.

16. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 14 марта 1909 г. . . 362
Докладъ **А. А. Жижиленко**: „*О безотвѣтственности народныхъ представителей*“ 362
Сообщеніе барона **А. Ф. Мейендорфа**: „*О безотвѣтственности народныхъ представителей*“. 409
Пренія по докладу А. А. Жижиленко и сообщенію барона А. Ф. Мейендорфа 413
17. Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія 21 марта 1909 г. . . 420
Продолженіе преній по докладу А. А. Жижиленко и сообщенію барона А. Ф. Мейендорфа, заслушаннымъ въ засѣданіи 14 марта 1909 г. 420
18. Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія 23 апрѣля 1909 г. . 439
Докладъ **Л. С. Таля**: „*Тарифный (коллективный) договоръ, какъ институтъ гражданскаго права*“ 439
Пренія по докладу 474
19. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 27 февраля 1909 г. 480
Докладъ **І. В. Гессена**: „*Обновленный строй и кодификація*“ . . 480
Пренія по докладу 495
20. Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія 29 апрѣля 1909 г. 500
Докладъ **К. Л. Берманьскаго**: „*Турецкая конституція и исламскій калифатъ*“ 500
Пренія по докладу 505
21. Протоколъ засѣданія отдѣленія обычнаго права 18 апрѣля 1909 г. 508
Докладъ **В. В. Акимова**: „*Семейная собственность у крестьянъ и народное право*“ 509
Пренія по докладу 524

Отъ редакціи.

Въ концѣ 1906-го года закрылся, послѣ 36-лѣтняго существованія, журналъ Юридическаго Общества.

Причины, заставившія Совѣтъ Общества, рѣшиться на этотъ шагъ въ то время, когда достоинства журнала встрѣчали всеобщее признаніе, и потребность въ немъ ощущалась всѣми, продолжаютъ дѣйствовать и понынѣ: изданіе журнала сопряжено съ матеріальными жертвами, непосильными для Общества. Но съ судьбою журнала оказались связанными труды отдѣленій Общества: протоколы засѣданій, съ подробнымъ изложеніемъ преній по заслушаннымъ докладамъ, печатались на страницахъ журнала. Съ закрытіемъ журнала необходимо было потому озаботиться, чтобы протоколы засѣданій и впредь могли стать достояніемъ болѣе широкихъ круговъ, интересующихся вопросами права. Въ этихъ видахъ Совѣтъ Общества вошелъ въ соглашеніе съ редакціей журнала Министерства Юстиціи о печатаніи на страницахъ Журнала Министерства протоколовъ Юридическаго Общества, причемъ Совѣтъ сталъ разсылать своимъ членамъ, взамѣнъ разсылавшагося безплатно журнала Общества, журналъ Министерства Юстиціи. Такимъ образомъ протоколы Общества не только появлялись въ печати, но и попадали въ руки всѣхъ членовъ Общества.

Вскорѣ однако обнаружились нѣкоторыя неудобства такого порядка, вслѣдствіе чего Совѣтъ постановилъ: издавать самостоятельно труды Общества въ видѣ сборниковъ, появляющихся

одинъ или два раза въ годъ, въ зависимости отъ объема матеріала. Редактированіе „Трудовъ“ принялъ на себя Предсѣдатель Гражданскаго Отдѣленія Общества М. М. Винаверъ, при участіи Предсѣдателей отдѣленій: административнаго — В. Д. Кузьмина-Караваева и уголовнаго — В. Д. Набокова. Первый томъ этихъ „Трудовъ“ нынѣ появляется въ свѣтъ.

По предположеніямъ редакціи, въ составъ „Трудовъ“ должны входить не только протоколы засѣданій, но и самые доклады, читаемые въ Обществѣ. Редакція полагаетъ, что изданіе Юридическаго Общества должно въ полномъ объемѣ воспроизводить его научную дѣятельность, и потому на страницахъ его должны появляться не только доклады, нигдѣ не напечатанные, но и тѣ, которые помѣщены уже авторами въ другихъ спеціальныхъ и общихъ изданіяхъ. Въ настоящемъ томѣ планъ этотъ отчасти уже выполненъ: значительная часть докладовъ включена полностью въ соотвѣтственные протоколы. Выполнить его во всемъ объемѣ не представлялось пока возможнымъ, такъ какъ въ моментъ, когда читались доклады, не существовало еще предположенія объ ихъ печатаніи, и не всѣ докладчики изложили свои доклады на письмѣ.

Въ настоящій томъ вошли протоколы за 1908 годъ, поскольку они не были напечатаны въ журналѣ Министерства Юстиціи, и сверхъ сего всѣ протоколы за первое полугодіе 1909 г. Слѣдующій томъ будетъ обнимать протоколы за второе полугодіе 1909 и первое полугодіе 1910 года.

Возобновляя по необходимости въ столь ограниченныхъ предѣлахъ свою издательскую дѣятельность, Совѣтъ Общества не отказывается отъ мысли, при болѣе благопріятныхъ обстоятельствахъ, вернуться къ изданію журнала или хотя бы расширить рамки настоящаго изданія присоединеніемъ къ нему постоянныхъ текущихъ отдѣловъ: хроники, библіографіи и др. Первый — и вѣроятно также второй томъ изданія, — въ виду накопившагося спеціальнаго матеріала (докладовъ и протоколовъ засѣданій), будутъ посвящены во всякомъ случаѣ исклю-

чительно печатанію этого матеріала. Тѣмъ временемъ долженъ, по предположеніямъ редакціи, окончательно выясниться вопросъ о томъ: можетъ ли программа изданія быть расширена и до какихъ предѣловъ.

Сознавая огромную цѣнность самостоятельнаго научнаго органа, руководимаго ученымъ Обществомъ, Совѣтъ используетъ всякую возможность для того, чтобы приблизить свое изданіе къ типу такого органа.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

3 мая 1908 г.

Въ засѣданіи 3 мая было поставлено на повѣстку:

1. Избраніе предсѣдательствующаго, товарища его и трехъ членовъ редакціоннаго комитета уголовнаго отдѣленія.

2. Сообщеніе дѣйствительнаго члена *В. Д. Набокова*: „Уголовная отвѣтственность книгопродавца".

3. Докладъ дѣйствительнаго члена *П. И. Люблинскаго*: „Особые суды для юношества въ Англіи".

При открытіи засѣданія, подъ предсѣдательствомъ В. Д. Набокова, секретаремъ общества Г. Г. Евангуловымъ была прочитана бумага отъ г. С.-Петербургскаго Градоначальника слѣдующаго содержанія:

„Секретарь Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ университетѣ Г. Г. Евангуловъ, на заявленіе отъ 29 апрѣля за № 51, симъ извѣщается, что со стороны Градоначальника не встрѣчается препятствій къ устройству въ $8^1/_2$ час. вечера, 3 мая, въ помѣщеніи С.-Петербургскаго Столичнаго Мирового Съѣзда (Мѣщанская, 26—28), публичнаго засѣданія Юридическаго Общества для избранія предсѣдателя, товарища его и трехъ членовъ редакціоннаго комитета уголовнаго отдѣленія и доклада П. И. Люблинскаго— „Особые суды для юношества въ Америкѣ и Западной Европѣ". Предположенный же къ прочтенію на означенномъ собраніи В. Д. Набоковымъ докладъ „Уголовная отвѣтственность книгопродавца", Градоначальникъ, на основаніи п. 2 ст. 16 правилъ о положеніи усиленной охраны и ст. 23 правилъ о положеніи чрезвычайной охраны воспретилъ".

Вслѣдъ затѣмъ произведены были выборы, давшіе слѣдующіе результаты: Въ предсѣдательствующіе избранъ В. Д. Набоковъ;

въ товарищи предс.: А. С. Зарудный и въ члены: Л. А. Базуновъ, О. О. Грузенбергъ и Г. Б. Сліозбергъ.

П. И. Люблинскій приступилъ къ чтенію своего доклада, положенія котораго заключаются въ слѣдующемъ [1]):

1. Суды для юношества, возникшіе въ Сѣверной Америкѣ въ концѣ XIX вѣка (Чикаго 1899 г.), представляютъ собою послѣдовательное развитіе попечительно-воспитательнаго начала по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ преступникамъ. Они являются удобнымъ центромъ для сосредоточенія и согласованія дѣятельности различныхъ государственныхъ и общественныхъ учрежденій, стремящихся къ реформированію юныхъ преступниковъ и борьбѣ съ дѣтской заброшенностью.

2. Несмотря на крайнюю непродолжительность своего существованія, суды для юношества съ поразительной быстротой распространились по различнымъ странамъ Новаго (Сѣв. Американскіе Штаты, Канада, Австралія) и Стараго Свѣта (Англія, Франція, Германія и др.).

3. Идея этого учрежденія слагается: 1) изъ сосредоточенія дѣлъ о несовершеннолѣтнихъ (до 16—17 лѣтъ) въ рукахъ спеціально подготовленнаго для того судьи, отправляющаго правосудіе по особымъ правиламъ; 2) полнаго обособленія дѣлъ о несовершеннолѣтнихъ и мѣстъ содержанія ихъ отъ дѣлъ и мѣстъ заключенія взрослыхъ; 3) изъ установленія системы должностныхъ попечителей, стоящихъ въ тѣсной связи съ судомъ для юношества, и 4) изъ послѣдовательнаго проведенія по отношенію къ юнымъ преступникамъ начала воспитанія и вслѣдствіе этого сліянія карательной функціи государства и общей функціей защиты малолѣтнихъ.

4. Устройство особыхъ судовъ для юношества есть по преимуществу проблема большихъ городовъ, ослабляющихъ надзоръ семьи и усиливающихъ вліяніе факторовъ соціальной среды на дѣтскую преступность.

5. Созданіе такихъ судовъ есть не столько задача законодательства, сколько дѣло общественной самодѣятельности; законодательство только облегчаетъ дѣло устраненіемъ нѣкоторыхъ препятствій. Вслѣдствіе своей гибкости, идея судовъ для

---

[1]) Докладъ напечатанъ въ Ж. М. Ю. за сентябрь—октябрь 1908 г. и своевременно разосланъ членамъ Юридическаго Общества, уплатившимъ взносы за 1908 г.

юношества допускаетъ многочисленныя градаціи въ зависимости отъ уровня соціальнаго развитія страны, національныхъ и бытовыхъ условій и состоянія судебной организаціи. Это можно видѣть по тѣмъ воплощеніямъ, въ которыя она вылилась въ различныхъ странахъ, принявшихъ ее.

6. Въ постановленіяхъ дѣйствующаго русскаго права имѣется удобная почва для созданія особыхъ судовъ для юношества и системы попечительнаго надзора; законодательство не представляетъ здѣсь серьезныхъ препятствій для проявленія иниціативы, хотя при дальнѣйшемъ развитіи этого института оно должно быть во многомъ реформировано.

По окончаніи доклада произошелъ обмѣнъ мнѣній.

Д. А. Дриль возражаетъ противъ примѣнимости идеи суда къ малолѣтнимъ. Здѣсь должна имѣть мѣсто государственная опека надъ дѣтьми, впавшими въ преступность, осуществляемая чрезъ посредство особыхъ органовъ попеченія. Съ идеей суда у насъ соединяются представленія о карательныхъ мѣрахъ, между тѣмъ какъ по отношенію къ такимъ малолѣтнимъ должно примѣняться только воспитаніе и леченіе. Цѣнными элементами новаго учрежденія судовъ для дѣтей Д. А. Дриль признаетъ введеніе участковыхъ попечителей и обособленіе ихъ дѣлъ отъ взрослыхъ; въ этомъ отношеніи многое дѣластъ и законъ 2 іюня 1897 г.; желательно, чтобы этотъ законъ не оставался мертвой буквой, какъ въ большинствѣ случаевъ въ настоящее время, а находилъ болѣе подробное примѣненіе.

М. М. Боровитиновъ. Докладчикъ преувеличиваетъ роль суда въ дѣлѣ борьбы съ преступностью малолѣтнихъ. Фактически избраніе той или другой мѣры обусловливается не усмотрѣніемъ суда, а состояніемъ принудительнаго исправленія малолѣтнихъ. У насъ крайне мало исправительно-воспитательныхъ заведеній, и потому главнѣйшее вниманіе должно быть направлено на развитіе этого дѣла. Спеціализацію дѣлъ о малолѣтнихъ провести трудно, особенно въ уѣздахъ, гдѣ на громадные участки приходится одинъ судья. Ораторъ находитъ неправильной защиту докладчикомъ примѣнимости условнаго осужденія къ несовершеннолѣтнимъ. Эту послѣднюю мѣру защищаютъ съ точки зрѣнія расширенія дѣйствія спеціальнаго предупрежденія (устрашенія) на счетъ предупрежденія общаго. Такъ какъ исправительно-воспитательныя заведенія не являются средствомъ устрашенія, то здѣсь не можетъ быть и рѣчи о расширеніи его посредствомъ условнаго осужденія.

О. О. Грузенбергъ не можетъ согласиться съ мыслью Д. А. Дриля, что по отношенію къ малолѣтнимъ должна быть устранена идея суда. Назначаемая противъ нихъ мѣра носитъ принудительный характеръ, она влечетъ позорящія послѣдствія, спорнымъ бываетъ иногда и фактъ преступленія, все это создаетъ необходимость установленія суда, а не какого-либо другого учрежденія. Но долженъ ли быть это „особый" судъ, или судъ общій? Оппонентъ склоняется въ пользу послѣдняго, такъ какъ находитъ, что упрощеніе производства при новомъ особомъ судѣ не дастъ возможности достаточно гарантировать невинность. Защита и гласность—два крупныхъ фактора процесса, отъ которыхъ не долженъ отказываться ни одинъ судъ.

Я. Л. Сакеръ указываетъ, что новое учрежденіе вызываетъ не только упрощеніе производства, но и необходимость особаго довѣрія къ личности судьи, усмотрѣніе котораго сильно расширяется. Между тѣмъ это довѣріе въ Россіи сильно поколеблено. Поэтому до тѣхъ поръ пока не будетъ возстановлена независимость судовъ реформа будетъ преждевременна.

Докладчикъ, отвѣчая оппонентамъ, указалъ на то, что особый судъ для юношества облегчаетъ дѣло исправленія малолѣтнихъ въ пріютахъ, устраняя оттуда тѣхъ, которые могутъ исправиться и на свободѣ, благодаря чему значительно сокращается количество дѣтей, направляемыхъ въ пріюты; недостаточность числа этихъ послѣднихъ служитъ такимъ образомъ однимъ изъ мотивовъ къ реформѣ. Примѣнимость условнаго осужденія къ малолѣтнимъ зиждется, конечно, на иныхъ мотивахъ, чѣмъ примѣнимость его къ взрослымъ; нельзя указывать, будто одна какая-либо мѣра непремѣнно должна примѣняться по одному только основанію, наоборотъ, та формальная мѣра, которая называется условнымъ осужденіемъ можетъ примѣняться по самымъ разнообразнымъ основаніямъ, у насъ, напр., ее защищаютъ въ цѣляхъ устраненія переполненія тюремъ; по отношенію къ новому суду для юношества она можетъ быть защищаема, какъ лучшее и наиболѣе экономное средство наблюденія за малолѣтнимъ. Идея устраненія суда по отношенію къ малолѣтнимъ и замѣны его органами опеки—это идея будущаго, осуществимая тогда, когда государство признаетъ полную безотвѣтственность дѣтей до 17 лѣтъ предъ закономъ, до того единственно возможной является форма Суда. Но не слѣдуетъ полагать, какъ думаетъ Д. А. Дриль, что

судъ для юношества долженъ быть судомъ уголовнымъ, онъ имѣетъ и гражданскія функціи по назначенію опеки и административныя; въ Германіи засѣдать въ такомъ судѣ призванъ гражданскій судья. Ослабленіе гарантій этого суда искупается повышенными требованіями къ личности судьи и характеромъ назначаемыхъ противъ подсудимаго мѣръ. Само производство организуется въ интересахъ ребенка и не отъ кого здѣсь ожидать злоупотребленій. Не слѣдуетъ откладывать реформы до возстановленія независимости суда или до того, когда общество созрѣетъ; новое учрежденіе пріурочивается къ мировому институту, который всегда пользовался и пользуется нынѣ довѣріемъ; съ другой стороны общество вовсе не такъ слабо и неподготовлено какъ это думаютъ: въ области попеченія о заброшенныхъ и преступныхъ дѣтяхъ уже многое сдѣлано и новый шагъ уже не является такимъ радикальнымъ. Свои возраженія докладчикъ заканчиваетъ пожеланіемъ общей энергичной работы на пользу созданія новаго института.

Предсѣдатель *В. Д. Набоковъ*, резюмируя пренія, указываетъ на важность затронутаго въ докладѣ вопроса, но выражаетъ при этомъ пожеланіе, чтобы до введенія особаго суда для юношества были упразднены другіе особые суды—именно суды военные, которые мѣшаютъ правильному развитію уголовнаго процесса. По предложенію предсѣдателя, собраніе выражаетъ докладчику благодарность аплодисментами.

Засѣданіе закрыто въ 1 ч. 45 м. ночи.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

15 декабря 1908 г.

Въ засѣданіи 15 декабря [1]), подъ предсѣдательствомъ Л. А. Базунова, былъ выслушанъ докладъ *В. Д. Набокова*:

---

[1]) Засѣданіе, назначенное на 8 декабря, по докладу Г. Б. Сліозберга „объ участіи общественнаго элемента въ мѣстномъ судѣ“, не состоялось, въ виду малочисленности слушателей. Не состоялось также предполагавшееся въ ноябрѣ засѣданіе по вопросу о свободѣ слова на судѣ, такъ какъ уже послѣ отпечатанія повѣстки, но до ея разсылки, докладъ былъ снятъ по просьбѣ особой комиссіи въ составѣ Петербургской адвокатуры, образованной для изслѣдованія этого вопроса.

„Вопросъ объ отмѣнѣ смертной казни во Франціи". Докладчикъ выставилъ слѣдующія положенія:

1. На рѣшеніе вопроса объ отмѣнѣ смертной казни во Франціи неблагопріятно повліяли главнымъ образомъ случайныя обстоятельства.

2. Главнымъ доводомъ противниковъ отмѣны смертной казни является указаніе на ростъ преступности и вѣра въ устрашающее значеніе угрозы смертной казни. Доводъ этотъ фактически невѣренъ и теоретически несостоятеленъ.

3. Хотя смертная казнь должна быть отвергнута и съ точки зрѣнія уголовно-политической, но рѣшающее и безспорное значеніе должно принадлежать соображеніямъ этическаго характера.

4. Фактически смертная казнь едва ли будетъ возстановлена во Франціи. Это, однако, не умаляетъ значенія вотума палаты, отказавшагося вычеркнуть смертную казнь изъ числа наказаній.

Обращаясь къ изложенію своего доклада В. Д. Набоковъ сообщилъ слѣдующее:

„Не надо быть пророкомъ, — писалъ шестнадцать лѣтъ тому назадъ Н. С. Таганцевъ,—чтобы сказать, что недалеко то время, когда смертная казнь исчезнетъ изъ уголовныхъ кодексовъ".

Съ тѣхъ поръ, какъ написаны были эти строки, аболиціонистское движеніе одержало лишь одну побѣду: въ Норвегіи, съ введеніемъ въ дѣйствіе новаго уголовнаго уложенія, пять лѣтъ тому назадъ смертная казнь исчезла изъ лѣстницъ наказаній. Для практической оцѣнки этой побѣды надо, однако, имѣть въ виду, что въ этой странѣ съ 1843 года по 1867 г. было присуждено къ смертной казни 130 и изъ нихъ казнено 16 человѣкъ, а съ 1868 по 1889 гг. осуждено 24 и казнено 4. Законодательная отмѣна здѣсь лишь санкціонировала отмѣну фактическую. Это не умаляетъ, конечно, ея принципіальнаго значенія.

Въ другой—великой сѣверной странѣ—впервые созванное народное представительство, объединенное однимъ высокимъ и могучимъ порывомъ, два съ половиной года тому назадъ единодушно и единогласно провозгласило отмѣну смертной казни. Мы всѣ знаемъ, какой былъ данъ отвѣтъ. За все время теченія русской исторіи страна не переживала эпохи смертоноснѣе послѣднихъ двухъ лѣтъ, когда общее число жертвъ палача, по неполнымъ

свѣдѣніямъ, случайно проникающимъ въ печать, опредѣляется тысячами. Россія не приблизилась къ той эпохѣ, о которой говоритъ Н. С. Таганцевъ. Усиліями руководителей ея судебъ она отброшена назадъ на нѣсколько столѣтій. И трудно въ настоящую минуту отдать себѣ отчетъ въ томъ, какъ велика губительная сила яда, влитаго такимъ образомъ въ общественные нравы, въ народное сознаніе. Изъ страшной, исключительной мѣры, вѣнчающей зданіе карательной системы, примѣняемой лишь въ единичныхъ случаяхъ, въ воздаяніе за исключительныя злодѣйства, смертная казнь обратилась у насъ въ нѣчто обыденное, въ механическій способъ реагированія на дѣянія весьма различныя и по тяжести своей часто отстоящія другъ отъ друга на весьма большое разстояніе.

Въ другихъ европейскихъ странахъ вопросъ о смертной казни оставался безъ измѣненія до самаго послѣдняго времени. Два года тому назадъ онъ былъ снова и рѣшительно въ аболиціонистскомъ смыслѣ поднятъ во Франціи,—и лишь на этихъ дняхъ, голосованіемъ 8 декабря (нов. ст.) палата большинствомъ 330 противъ 201 высказалась за сохраненіе смертной казни въ уголовномъ кодексѣ.

Въ настоящемъ очеркѣ мы постараемся выяснить „исторію“ этого голосованія, остановиться на его условіяхъ и мотивахъ и сдѣлать выводы. Мы полагаемъ, что они не лишены поучительности и могутъ сдѣлаться поворотнымъ пунктомъ въ отношеніи къ вопросу о смертной казни.

I.

Уже болѣе ста лѣтъ тому назадъ, при обсужденіи уголовнаго кодекса 1791 г., во Франціи раздались громкіе и убѣжденные голоса противниковъ смертной казни [1]). Законъ 4 брюмера IV года постановлялъ въ первой своей статьѣ:

„Начиная со дня провозглашенія всеобщаго мира, смертная казнь будетъ во французской республикѣ отмѣнена“. Законъ этотъ не имѣлъ никакихъ практическихъ послѣдствій, и законъ 8 нивоза X года объявилъ, что смертная казнь будетъ сохранена. Въ пре-

[1]) Нижеслѣдующія свѣдѣнія взяты изъ объяснительной записки министра юстиціи, перепечатанной въ недавно вышедшей книгѣ *Lacassagne*. Peine de mort et criminalité.

ніяхъ государственнаго совѣта, при разсмотрѣніи наполеоновскаго code pénal, вопросъ о смертной казни обсужденію не подвергался. Послѣ революціи 1830 г. предложенія объ отмѣнѣ смертной казни были внесены депутатами de Tracy и Barthe; они были встрѣчены восторженно, но не имѣли никакихъ послѣдствій. Вопросъ былъ снова поднятъ при обсужденіи закона 28 апрѣля 1832 г., но не получилъ принципіальнаго рѣшенія: удовольствовались компромиссомъ—признаніемъ за присяжными права находить смягчающія обстоятельства. При наличности такой оговорки подсудимый, признанный виновнымъ, уже не могъ быть приговоренъ къ смертной казни.

Въ 1838 г. палата депутатовъ получила рядъ петицій объ отмѣнѣ смертной казни. Въ преніяхъ по этому поводу принялъ участіе знаменитый Ламартинъ, страстно возражавшій докладчику, заключеніе котораго сводилось къ отклоненію петицій на томъ основаніи, что смертная казнь—единственное наказаніе, способное внушить необходимый для общественной безопасности страхъ. „Не смерти надо пріучить бояться, надо пріучить уважать жизнь... Неужели общество и преступникъ вѣчно будутъ взирать другъ на друга, ожидая, кто изъ нихъ обоихъ первый прекратитъ кровопролитіе... Начните и не бойтесь тѣхъ опасностей, которыми васъ пугаютъ". Эти краснорѣчивые призывы не имѣли, однако, успѣха. Тридцать лѣтъ спустя, въ засѣданіи 8 апрѣля 1868 г., съ такимъ же краснорѣчіемъ, но также безуспѣшно выступалъ Jules Favre. Съ этихъ поръ періодически и многократно вносились въ палату предложенія объ отмѣнѣ смертной казни. Болѣе благопріятное отношеніе проявила палата въ 1882 г. подъ вліяніемъ рѣчи Луи Блана и въ 1888 г. при обсужденіи предложенія, внесеннаго депутатомъ Frébault. Но практическое рѣшеніе впервые было принято въ 1906 г. Слѣдуетъ, однако, прибавить, что конституція 4 ноября 1848 г. признала непримѣнимость смертной казни къ преступленіямъ политическимъ, а законъ 21 ноября 1901 г., измѣнившій ст. 300 и 302 code pénal, отмѣнилъ смертную казнь за infanticide.

Но если законодательныя собранія въ теченіе цѣлаго столѣтія не могли быть сдвинуты съ консервативной точки зрѣнія на смертную казнь, то фактически, начиная со второй четверти прошлаго столѣтія, количество постановленныхъ и приведенныхъ въ исполненіе приговоровъ идетъ по линіи быстраго и неуклоннаго паденія: въ періодъ отъ 1826 г. до 1830 г. мы имѣемъ въ сред-

немъ 111 приговоренныхъ и 72 казненныхъ въ годъ. Процентъ помилованій за это время равенъ 36%. Между тѣмъ, за десятилѣтіе съ 1881 г. по 1890 г. число приговоренныхъ уже достигаетъ среднимъ числомъ въ годъ лишь 27, а число казненныхъ—6. Съ 1900 г. по 1906 г. процентъ помилованій доходитъ до 91 и смертная казнь примѣняется лишь въ единичныхъ случаяхъ: въ среднемъ 1,8 въ годъ. Къ лицамъ женскаго пола она съ 1887 г. болѣе не примѣнялась.

Въ 1906 г., при обсужденіи въ бюджетной коммиссіи бюджета на 1907 г., кредитъ на содержаніе палача былъ изъ смѣты исключенъ. Какъ извѣстно, палачъ во Франціи, носящій громкое названіе exécuteur des hautes-oeuvres, есть лицо офиціальное, а не наемный убійца. Штаты предусматриваютъ одну должность палача и нѣсколько помощниковъ. Для выполненія смертныхъ приговоровъ палачу приходится выѣзжать на мѣсто казни, везя съ собой своихъ помощниковъ и такъ называемые bois de justice, зловѣщую гильотину. Отказъ въ кредитѣ на палача равносиленъ былъ фактическому устраненію возможности приведенія смертныхъ приговоровъ въ исполненіе.

Правительство Клемансо справедливо усмотрѣло въ этомъ единогласномъ вотумѣ коммиссіи прямое указаніе на желательность внесенія законопроекта объ отмѣнѣ смертной казни. Такой законопроектъ и былъ вскорѣ составленъ и внесенъ министромъ юстиціи Guyot-Dessaigne, умершимъ въ томъ же году. Проектъ Guyot-Dessaigne сохранялъ смертную казнь по военнымъ законамъ за преступленія, совершонныя въ военное время. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ онъ замѣнялъ ее безсрочнымъ заключеніемъ (internement perpétuel), съ тѣмъ, чтобы первыя шесть лѣтъ отбывались въ одиночномъ заключеніи. По истеченіи шести лѣтъ наступаетъ смѣшанный режимъ: днемъ—работа въ общемъ заключеніи, вмѣстѣ съ осужденными этой же категоріи,—ночью — келья. При этомъ въ случаѣ совершенія осужденнымъ новаго преступленія, влекущаго уголовное наказаніе, онъ подвергается пожизненному заключенію.

Въ такой формѣ проектируемое наказаніе соотвѣтствуетъ итальянскому ergastolo, тоже замѣнившему смертную казнь, съ тою лишь разницею, что по итальянскому кодексу срокъ одиночнаго заключенія опредѣленъ въ семь лѣтъ, и въ самомъ законѣ установлено, что и послѣ допуска заключеннаго къ работамъ совмѣстно съ другими заключенными на немъ лежитъ обязанность молчанія. Такъ же, какъ и по французскому проекту, рецидивъ заключен-

наго въ ergastolo можетъ повлечь за собой пожизненное одиночное заключеніе, но существенная разница въ томъ, что французскій проектъ устанавливаетъ это послѣдствіе въ абсолютной формѣ: il sera condamné à l'encellulement perpétuel,—тогда какъ итальянское уложеніе и здѣсь допускаетъ срочность, съ минимумомъ восьми лѣтъ.

При послѣдующемъ обсужденіи палатою бюджета на 1907 г. и правительство, и сторонники отмѣны смертной казни среди депутатовъ нашли, что отказъ въ кредитахъ на содержаніе палача—нежелательный и несоотвѣтствующій важности вопроса способъ его рѣшенія. Они считали, что вопросъ долженъ быть поставленъ на принципіальную почву и рѣшенъ ясно и открыто, безъ всякихъ экивоковъ. Это казалось тѣмъ болѣе возможнымъ, что фактически въ 1906 г. уже не было ни одного случая приведенія въ исполненіе смертной казни. Руководящія группы палаты, однако, настолько твердо стояли на аболиціонистской почвѣ, что даже и при такихъ условіяхъ при обсужденіи и голосованіи кредита на палача колебанія были очень значительны: голосованіе дало большинство всего въ 12 голосовъ въ пользу возстановленія кредитовъ. Изъ этихъ 12 — восемь вслѣдъ затѣмъ исправили свой вотумъ, присоединившись къ меньшинству, три же депутата изъ числа оставшихся въ меньшинствѣ примкнули затѣмъ къ большинству. Среди этого большинства находились многіе убѣжденные аболиціонисты, полагавшіе, что пока смертная казнь въ законѣ осталась, палата не должна вотировать мѣру, дѣлающую осуществленіе требованія закона фактически невозможнымъ.

Тѣмъ временемъ была избрана комиссія для разсмотрѣнія внесеннаго правительствомъ законопроекта. Въ эту комиссію вошли нѣсколько членовъ бюджетной комиссіи, голосовавшихъ за отказъ въ кредитѣ на содержаніе палача, — въ томъ числѣ Louis Puech, избранный предсѣдателемъ, извѣстный защитникъ Дрейфуса адвокатъ Лабори и др. Докладчикомъ былъ избранъ Крюппи, талантливый адвокатъ и писатель по юридическимъ вопросамъ. Уже послѣ избранія своего онъ въ октябрѣ прошлаго года изложилъ въ газетѣ *Temps* свои воззрѣнія, всецѣло примыкающія къ аболиціонизму.

Нужно замѣтить, однако, что съ самаго начала, какъ только обнаружилось, что вопросъ объ отмѣнѣ смертной казни поставленъ серьезно и близится къ разрѣшенію, довольно значительная часть печати и въ частности вся реакціонная пресса выступила похо-

домъ противъ правительственнаго проекта. Цѣль заключалась въ томъ, чтобы на почвѣ вопроса объ отмѣнѣ или сохраненіи смертной казни дать рѣшительное сраженіе министерству Клемансо, дни котораго все еще продолжаютъ считать, несмотря на то, что они давно признаны сочтенными. Весьма благодарную тему для полемики противъ всякаго ослабленія репрессіи, а слѣдовательно и противъ отмѣны смертной казни давали подвиги парижскихъ апашей, которые съ этой цѣлью всячески раздувались и разукрашивались. Стали апеллировать къ инстинкту самосохраненія, стали запугивать буржуа, увѣряя его, что единственной защитой его кошелька и его жизни служитъ призракъ гильотины, пугающій cambrioleur'овъ и тому подобныхъ разбойниковъ. Одна изъ враждебныхъ проекту газетъ *Petit Parisien*, успѣшно конкурирующая въ мелко буржуазной парижской средѣ съ *Petit Journal*, организовала среди своихъ читателей референдумъ и объявила о полученіи 1.412,347 отвѣтовъ, изъ коихъ 1.083,655 за сохраненіе смертной казни, а всего только 328,692 за отмѣну. Конечно, никто бы не взялся провѣрить, насколько этотъ референдумъ былъ серьезенъ, и не скрывалась ли подъ нимъ просто ловкая реклама...

Какъ разъ въ это время произошло пресловутое, взволновавшее всю Францію дѣло Солейяна. Оно оказалось водой на мельницу анти-аболиціонистовъ. Оно дало возможность апеллировать не только къ инстинкту самосохраненія, а къ чувству возмущенія и негодованія передъ злодѣйствомъ, леденящимъ кровь. Позиція была слишкомъ удобной и ею сразу завладѣли.

На подробностяхъ самого дѣла останавливаться не приходится. Въ своей обстановкѣ преступленіе Солейяна напоминаетъ извѣстный разсказъ Мопассана „La petite Roque“, поразительно изображающій внезапное потемнѣніе разсудка и порабощеніе воли неудержимымъ порывомъ похоти, разбивающимъ всѣ преграды, а затѣмъ—почти инстинктивное убійство, вызванное стремленіемъ прекратить крики и вопли жертвы. Подобныя преступленія вовсе не рѣдкость. Въ дѣлѣ Солейяна были, однако, особенно отвратительныя подробности. Онъ былъ близкимъ другомъ семьи маленькой жертвы, будучи самъ женатъ и имѣя ребенка. Онъ заманилъ къ себѣ дѣвочку подъ предлогомъ повести ее въ циркъ. Совершивъ свое позорное дѣяніе и задушивъ жертву, онъ пытался ее изуродовать, чтобы скрыть слѣды преступленія. Уличенный, онъ упорно запирался, а затѣмъ, послѣ минутнаго приступа раскаянія, скоро

успокоился и велъ себя все время хладнокровно и непринужденно. Надо прибавить, что прошлое Солейяна было совершенно незапятнанно. Преступника судили лѣтомъ 1907 г. и безъ всякихъ колебаній приговорили къ смертной казни. И вотъ началась кампанія вокругъ вопроса о томъ, воспользуется ли и на этотъ разъ президентъ республики своимъ правомъ помилованія, или же установившаяся съ начала года традиція будетъ нарушена, и голова Солейяна скатится въ корзинку, при аплодисментахъ пьяныхъ хулигановъ и проститутокъ, составляющихъ обычную публику подобныхъ зрѣлищъ.

Кампанія началась въ широкомъ стилѣ. Читая не только ярореакціонныя, но и буржуазныя газеты, можно было подумать, что вся будущность Франціи, все счастье ея сыновъ зависитъ отъ того, будетъ ли казненъ Солейянъ, или нѣтъ. Ежедневно по этому вопросу появлялись статьи, интервью, письма въ редакцію. Использованъ былъ обычный въ подобныхъ случаяхъ пріемъ: a priori была высказана увѣренность, что г. Фальеръ на этотъ разъ предоставитъ юстицію ея нормальному теченію, что онъ отступитъ передъ смягченіемъ участи человѣка-звѣря. Дѣлалось это, конечно, для того, чтобы „создать настроеніе“, и этимъ настроеніемъ до нѣкоторой степени терроризовать г. Фальера. При этомъ въ самомъ началѣ кампаніи вопросъ ставился на принципіальную почву, обсуждалась желательность отмѣны смертной казни вообще. И надо сознаться, что пущенная въ ходъ аргументація способна была навести глубокое уныніе на каждаго изслѣдователя общественныхъ вопросовъ. Не было того затасканнаго, истрепаннаго, давнымъ давно разобраннаго и научно опровергнутаго довода, который бы не преподносился подъ видомъ несомнѣнной аксіомы государственной или просто житейской мудрости. Уголовно-политическіе взгляды, полвѣка тому назадъ ставшіе научнымъ анахронизмомъ, въ упрощенномъ и приспособленномъ видѣ подкрашенные и покрытые современной оболочкой, изо дня въ день выплывали на газетныхъ столбцахъ. Широко утилизировались, конечно, и новѣйшія теоріи антропологической школы. По этому поводу произошла даже довольно забавная мистификація. Какіе-то шутники послали знаменитому Ломброзо снимокъ якобы съ руки Солейяна, прося его произвести „изслѣдованіе“ этого „человѣческаго документа“. Итальянскій ученый, увѣренный, что передъ нимъ рука Солейяна, произвелъ добросовѣстный діагнозъ, подтвердившій „прирожденную преступность“ владѣльца руки, и былъ

горько обиженъ, когда обманъ раскрылся и выяснилось, что снимокъ сдѣланъ съ руки какого-то французскаго ученаго. Но, тѣмъ не менѣе, теорія „человѣка-звѣря“, такъ безсознательно окарикатуренная Эмилемъ Золя въ его извѣстномъ романѣ, снова появилась на сцену. Истребленіе такихъ „звѣрей“ было признано чуть ли не священной обязанностью цивилизованнаго государства.

Параллельно съ этимъ шла кампанія, спеціально направленная противъ Фальера. Положеніе его оказывалось, дѣйствительно, довольно затруднительнымъ, и эти трудности были очень ловко использованы.

Какъ извѣстно, согласно французскому законодательству, всѣ приговоры, присуждающіе къ смертной казни, подносятся на разсмотрѣніе президента республики. Предварительно они подвергаются обсужденію, въ такъ называемой commission des grâces, состоящей изъ четырехъ чиновниковъ, подъ предсѣдательствомъ директора департамента министерства внутреннихъ дѣлъ, но заключеніе этой коммиссіи, конечно, не обязательно, имѣя лишь нравственное значеніе. Обычаемъ установлено, что до принятія президентомъ того или другого рѣшенія онъ даетъ аудіенцію адвокату подсудимаго. Затѣмъ, самое рѣшеніе имѣетъ опредѣленную форму только тогда, когда президентъ признаетъ нужнымъ воспользоваться своимъ правомъ помилованія. Тогда на досье дѣлается соотвѣтствующая надпись. Если же помилованіе не послѣдуетъ, то досье отсылается президентомъ обратно безъ всякихъ помѣтокъ: это означаетъ, что приговоръ подлежитъ исполненію. Обыкновенно это имѣетъ мѣсто въ тотъ же или на другой день.

Актъ помилованія вездѣ и всегда является, конечно, актомъ въ высокой степени индивидуальнымъ. Болѣе или менѣе широкое пользованіе этой прерогативой зависитъ несомнѣнно отъ множества субъективныхъ условій: отъ всего нравственнаго склада, характера, государственныхъ взглядовъ, душевной мягкости носителя прерогативы. Извѣстно, что чаще всѣхъ миловалъ Жюль Греви, добродушный старикъ, имѣвшій отвращеніе къ гильотинѣ. Рѣже всѣхъ пользовался своей прерогативой Феликсъ Форъ, повидимому, жестокій и безсердечный человѣкъ. Но какъ бы то ни было, естественно предполагать, что рѣшеніе вопроса о помилованіи въ первую очередь соображается съ объективными особенностями каждаго даннаго случая: возрастомъ осужденнаго, его антецедентами, характеромъ преступленія и т. д. И вотъ является вопросъ,

какое значеніе можетъ имѣть наличность убѣжденій, принципіально отрицающихъ смертную казнь. Въ правѣ ли президентъ-аболиціонистъ отмѣнять смертные приговоры безъ какихъ бы то ни было индивидуальныхъ оцѣнокъ, такъ сказать, en bloc, не дѣлая ни для кого никакихъ исключеній? Само собой разумѣется, что такъ какъ помилованіе не мотивируется, нѣтъ никакихъ формальныхъ препятствій къ утвердительному рѣшенію поставленнаго вопроса. Но, съ другой стороны, трудно отрицать, что по существу такое пользованіе правомъ помилованія не можетъ считаться строго конституціоннымъ. Оно вѣдь, въ сущности говоря, сводится къ отмѣнѣ закона властью президента на все время несенія имъ своихъ функцій. И на такую отмѣну президентъ не уполномоченъ. Характеръ прерогативы искажается, если пользованіе ею является чѣмъто впередъ установленнымъ, нормальнымъ, такъ сказать, механическимъ.

Въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ такимъ положеніемъ. Фальеръ—убѣжденный принципіальный противникъ смертной казни, подписавшій въ свое время законопроектъ объ ея отмѣнѣ. Принимая адвоката Солейяна, онъ особенно настойчиво подчеркнулъ, что, рѣшая вопросъ объ участи осужденнаго, онъ будетъ считаться исключительно съ общими принципіальными соображеніями, такъ какъ самую личность преступника онъ не считаетъ заслуживающей малѣйшаго участія. На такую же точку зрѣнія, повидимому, стала комиссія о помилованіи, давшая заключеніе въ пользу помилованія. Оно и послѣдовало.

Какъ и можно было ожидать, газеты, требовавшія головы Солейяна, поспѣшили ухватиться за мысль о неконституціонности помилованія, даруемаго по принципу. Одинъ изъ извѣстныхъ хроникеровъ распространеннѣйшей газеты *Matin* заявилъ, что своимъ рѣшеніемъ президентъ доказалъ полное неуваженіе къ suffrage universel, которое до сихъ поръ не отмѣнило смертной казни. „Это—узурпація законодательной власти“, вопили другіе. Посыпались насмѣшки и брань по адресу Фальера. Нѣкоторые органы, безсознательно заимствуя пріемы союза русскаго народа, открыли у себя особую рубрику подъ заглавіемъ „послѣдствія помилованія Солейяна“, помѣщая въ этой рубрикѣ всѣ извѣстія о наиболѣе звѣрскихъ преступленіяхъ, почти ежедневно совершаемыхъ то здѣсь, то тамъ во Франціи. Было сдѣлано предложеніе отнести расходы по содержанію Солейяна на средства Фальера. Не перечислить, словомъ, всѣхъ тѣхъ злобныхъ глупостей, которыя по

этому поводу въ теченіе ряда дней преподносились сотнямъ тысячъ читателей [1]).

Кампанія принесла свои плоды. Образовался courant d'opinion, извѣстное теченіе общественнаго мнѣнія. Въ теченіе нѣсколькихъ мѣсяцевъ свыше семидесяти составовъ присяжныхъ засѣдателей одинъ за другимъ по всей Франціи выразили пожеланія о сохраненіи смертной казни. Вмѣстѣ съ тѣмъ участились и смертные приговоры: за послѣдніе восемь мѣсяцевъ ихъ было вынесено 54, тогда какъ въ 1902 г. ихъ было всего 9, въ 1903 г.—15, въ 1904 г.—16. Знаменитый адвокатъ Henri Robert весьма своеобразно объясняетъ такое отношеніе присяжныхъ къ вопросу о смертной казни. Онъ думаетъ, что присяжные не хотятъ лишиться принадлежащей имъ прерогативы; имъ пріятно это обладаніе jus vitae ac necis, имъ лестно сознавать, что жизнь подсудимаго находится въ ихъ рукахъ. Справедливо или нѣтъ это объясненіе, нельзя не подивиться возможности такой психологіи и такихъ мотивовъ. Казалось бы, нѣтъ болѣе страшной, болѣе тягостной отвѣтственности, какъ отвѣтственность за жизнь человѣческую...

И не только въ буржуазныхъ слояхъ обнаружился courant d'opinion; въ іюлѣ 1907 г. въ Ліонѣ областной конгрессъ радикальной и радикально-соціалистической партіи, между прочимъ, высказалъ пожеланіе: maintien de la peine de mort, exécution à l'intérieur des prisons.

Всѣ эти обстоятельства, значеніе которыхъ было сразу учтено съ „электоральной“ точки зрѣнія, отразились на работѣ комиссіи подъ предсѣдательствомъ Пюэша. Докладчикъ Крюппи, аболиціонистъ, былъ замѣненъ убѣжденнымъ противникомъ отмѣны смертной казни Кастильяромъ, и комиссія, большинствомъ голосовъ отвергнувъ предположенія законопроекта Guyot-Dessaigne'a, защищать которыя пришлось уже Бріану, внесла въ палату свое заключеніе, вводящее новое наказаніе—internement perpetuel, но сохраняющее во главѣ всей карательной лѣстницы смертную казнь. Палата приступила къ обсужденію проекта еще весною и возобновила это обсужденіе въ засѣданіи 4 ноября (нов. стиль), посвятивъ ему рядъ засѣданій, съ результатомъ, уже указаннымъ во вступленіи къ настоящему очерку.

---

[1]) Вышеприведенныя данныя объ исторіи дѣла Солейяна въ свое время были сообщены и разсмотрѣны авторомъ настоящаго очерка на страницахъ *Права*, № 37 за 1907 г., откуда онѣ и заимствуются почти безъ измѣненій.

Все изложенное даетъ, кажется, право сказать, что на рѣшеніе вопроса объ отмѣнѣ смертной казни во Франціи неблагопріятно повліяли главнымъ образомъ случайныя обстоятельства. Будь онъ поставленъ тогда же, въ концѣ 1906 г., когда настроеніе палаты было единодушное и газетная кампанія не имѣла возможности эксплоатировать дѣло Солейяна — результаты были бы иные. Въ преніяхъ и министръ юстиціи, и другіе депутаты указывали и подчеркивали, что это именно дѣло, искусно и безсовѣстно разработанное, повліяло на поворотъ въ общественномъ настроеніи, отразившись и на настроеніи депутатовъ. И хотя Бріанъ очень краснорѣчиво доказывалъ, что законодатель въ подобныхъ вопросахъ долженъ смѣло идти впередъ, не боясь случайныхъ вѣяній временно враждебныхъ правильнымъ и культурнымъ начинаніямъ, все же министерство не рѣшилось бросить весь свой авторитетъ на чашку вѣсовъ, не рѣшилось связать свою судьбу съ судьбой вопроса о смертной казни. Предчувствуя реальную опасность, оно предпочло пойти на путь компромисса, на который особенно усердно звалъ его предсѣдатель комиссіи, покаявшійся аболиціонистъ Пюэшъ.

II.

Приходится констатировать одну положительную черту преній французской палаты по вопросу объ отмѣнѣ смертной казни: въ палатѣ не нашлось принципіальныхъ сторонниковъ этого наказанія. Аргументація противниковъ отмѣны сводилась къ *несвоевременности* отмѣны, которую многіе изъ нихъ въ принципѣ находили желательной. Правда, это слабое утѣшеніе. Доводъ о несвоевременности по большей части имѣетъ въ виду уклониться отъ принципіальнаго обсужденія, практически же значеніе его ничѣмъ не отличается отъ принципіальной защиты той или другой мѣры. Главнымъ доводомъ аргументаціи является указаніе на ростъ преступности во Франціи и вѣра въ устрашающее значеніе угрозы смертной казнью. Но въ преніяхъ достаточно ясно обнаружилась и фактическая невѣрность, и теоретическая несостоятельность этого довода.

Луи Пюэшъ, предсѣдатель комиссіи о судебной реформѣ (въ эту именно комиссію переданъ былъ законопроектъ), въ рѣчи своей цитировалъ извѣстнаго криминалиста начала прошлаго вѣка Росси: „Подобно Росси,—говоритъ онъ,—мы полагаемъ, что смертная

казнь есть крайнее средство правосудія, что этимъ средствомъ слѣдуетъ пользоваться съ величайшей осторожностью, и что нужно подготовить такое положеніе вещей, которое сдѣлало бы отмѣну этого наказанія совмѣстимой съ общественной и частной безопасностью". По мнѣнію Пюэша, Франція еще не дожила до такого положенія. Статистическія свѣдѣнія указываютъ на ростъ преступленій, связанныхъ съ пролитіемъ крови: ихъ было всего въ 1900 г. 1018; въ 1901—940; въ 1902—985; въ 1903—1016; въ 1904 — 1172; въ 1905 — 1313; въ 1906 — 1276; въ 1907 — 1434. Разъ это такъ, соображенія общественной и частной безопасности говорятъ противъ смягченія репрессіи. Съ другой стороны, опытъ доказалъ, какое вліяніе на ростъ преступленій, караемыхъ смертной казнью, имѣетъ отмѣна этого наказанія. Такъ до 1832 г. фальшивые монетчики подлежали смертной казни. Статистическія цифры показываютъ, что съ 1826 г. по 1832 г. число осужденныхъ за поддѣлку денежныхъ знаковъ въ среднемъ было 24 въ годъ. Начиная съ 1832 г. цифры растутъ: въ 1834 г. — 54 осужденныхъ; въ 1835—46; въ 1836—57; въ 1837—66; въ 1838—68.

При ближайшемъ разсмотрѣніи оказалось, однако, что эти выводы и самыя данныя, на которыхъ они основаны, требуютъ существенныхъ оговорокъ.

По отношенію къ росту преступности, какъ справедливо указалъ министръ юстиціи Бріанъ, нужно условиться прежде всего, о чемъ идетъ рѣчь. Можно разсчитывать на устрашающее значеніе смертной казни только по отношенію къ тѣмъ преступленіямъ, за которыя по закону полагается это наказаніе. Между тѣмъ, если изъ общей категоріи crimes de sang выдѣлить именно эти преступленія, то результаты получатся совсѣмъ иные: взявъ три десятилѣтнихъ періода—отъ 1871 г. до 1880 г., отъ 1888 г. до 1897 г. и отъ 1898 г. до 1907 г., мы увидимъ за первое десятилѣтіе 6,101 такихъ grands crimes, влекущихъ смертную казнь, въ среднемъ 610,1 въ годъ; за второе десятилѣтіе 5,478 grands crimes, съ ежегоднымъ среднимъ 547,8; наконецъ, за третье и послѣднее десятилѣтіе 4,881 grands crimes, съ ежегоднымъ среднимъ 488,1. Съ другой стороны, въ первое десятилѣтіе число смертныхъ казней въ общей сложности доходитъ до 107, а за послѣднее десятилѣтіе, включая послѣдніе два года, это число не превышаетъ 28. Такимъ образомъ, изъ этихъ цифръ явствуетъ, во-первыхъ, что за послѣднія 30—35 лѣтъ не только не возросла преступность, поскольку дѣло касается преступленій, караемыхъ

НКИД
ЦЕНТРАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА

смертью, но даже она понизилась съ 610 до 488 въ годъ; во-вторыхъ, что это пониженіе шло рядомъ съ уменьшеніемъ числа смертныхъ приговоровъ, съ 107 (за 10 лѣтъ) до 28 (за этотъ же періодъ).

Статистикѣ, свидѣтельствующей объ увеличеніи числа осужденныхъ фальшивыхъ монетчиковъ въ шестилѣтіе 1832—1838 гг. послѣ отмѣны смертной казни за это преступленіе. — можно противопоставить рядъ болѣе обширныхъ и болѣе доказательныхъ данныхъ. Такъ, въ Италіи, къ моменту отмѣны смертной казни уложеніемъ 1890 г., общая цифра крупной преступности доходила въ годъ до 4,089, а въ 1908 г. она спустилась до 3,103 [1]).

Въ Голландіи смертная казнь не примѣняется со времени изданія закона 17 сентября 1870 г. Между тѣмъ крупная преступность идетъ постоянно понижаясь: за время съ 1862 г. по 1870 годъ число смертныхъ приговоровъ доходитъ до 78; за періодъ съ 1873 г. по 1886 годъ мы имѣемъ уже всего 30 приговоровъ по дѣламъ этого же рода.

Въ Бельгіи съ 1863 г. смертная казнь не приводится болѣе въ исполненіе, хотя въ законѣ осталась. Между тѣмъ, число приговоренныхъ къ этому наказанію въ 1860 г.—38, а въ 1903 г.—25, при увеличеніи населенія съ $4^1/_2$ до 6 милліоновъ. Наконецъ, въ самой Франціи спеціально женская преступность не возросла, хотя съ 1887 г. не было приведено въ исполненіе ни одного смертнаго приговора надъ лицомъ женскаго пола.

Общаго роста преступности во Франціи отрицать нельзя, но растетъ именно та категорія преступленій, за которыя по закону не полагается смертная казнь. Слѣдовательно, a priori можно было бы сказать, что ни отмѣна, ни сохраненіе смертной казни на этотъ ростъ вліянія оказать не можетъ. И такое предположеніе получаетъ еще бо̀льшую основательность, если вглядѣться въ

---

[1]) Здѣсь можно привести ссылку изъ превосходной статьи Н. С. Таганцева, напечатанной въ ноябрьской книжкѣ *Вѣстника Европы* за 1906 г. Опираясь на статистическія данныя, приведенныя нашимъ извѣстнымъ юристомъ-статистикомъ Е. Н. Тарновскимъ въ № 4 *Журн. Мин. Юст.* за 1900 г. и заимствованныя изъ доклада L. Bodio, помѣщеннаго въ официальномъ изданіи *Annali di statistica*, Н. С. Таганцевъ приходитъ къ выводу, что съ отмѣною смертной казни въ Италіи число убійствъ не только не увеличилось, а уменьшилось.

Данныя, приведенныя въ палатѣ Полемъ-Менье, подтверждаютъ это пониженіе. Онъ указываетъ на цифру 1.221 преступленій, влекущихъ смертную казнь, въ 1889 г. и соотвѣтственную цифру 802 за послѣдній годъ.

истинныя причины увеличенія преступности, независящія отъ бо̀льшаго или меньшаго напряженія уголовной репрессіи. На эти причины указалъ Бріанъ, отнеся къ нимъ увеличеніе народонаселенія въ городахъ, легкость пріобрѣтенія по недорогой цѣнѣ огнестрѣльнаго и иного смертоноснаго оружія, развитіе алкоголизма въ средѣ городского населенія. Рядъ другихъ ораторовъ остановился и на другихъ причинахъ. Указывалось, напримѣръ, на огромное и все растущее число случаевъ, когда виновники преступленій остаются нераскрытыми: такъ въ 1870 г. число это составляетъ 15%, въ 1901 г.—18%, въ 1905 г.—19%. Предсѣ̀датель коммиссіи Пюэшъ для 1907 г. привелъ даже такія цифры: въ 1907 г. изъ 1,236 преступленій наиболѣе тяжкаго характера доведено было до суда всего 514, т.-е. меньше половины. Чѣмъ больше шансовъ у преступника остаться безнаказаннымъ, тѣмъ легче онъ рѣшается на преступленіе. И здѣсь, стало быть, remedium не въ усиленіи репрессіи, установленной закономъ, не въ сохраненіи смертной казни, а въ улучшеніи полиціи, въ усовершенствованіи розыска, въ низведеніи до минимума надежды на возможность остаться безнаказаннымъ.

Далѣе, соціалистъ Marcel Sembat въ красивой и сильной рѣчи указывалъ на развращающее вліяніе нѣкоторой части печати. „Въ тѣхъ самыхъ газетахъ, въ которыхъ требуютъ смертной казни и гильотины, идею убійства пропагандируютъ въ формѣ фельетоновъ, иллюстрацій, объявленій. Каждый разъ, что „ланси-руется“ новый романъ, фельетонъ, показываютъ еженедѣльно въ „приложеніи“ картины убійства, оставляющія въ памяти и воображеніи дѣтей и подростковъ сѣмена преступленій. Вы выходите на улицу и въ качествѣ рекламы этимъ романамъ вы видите изображеніе висѣлицъ, повѣшенныхъ, окровавленныхъ людей; вы покупаете газету и прежде всего вамъ кидается въ глаза изображеніе человѣка съ перерѣзаннымъ горломъ, истекающимъ кровью на коврѣ.

Вотъ тѣ зрѣлища, которыми должны любоваться молодые рабочіе.

А соціальныя условія, такъ часто стягивающія отдѣльную безпомощную жертву желѣзнымъ кольцомъ, изъ котораго ей никогда не вырваться!

„Полагаете ли вы,—спрашивалъ Sembat,—что легко сохранить высокую нравственность, живя въ конурѣ, въ настоящемъ аду“. Пусть общество сперва исполнитъ свои обязанности по отношенію

къ тѣмъ классамъ населенія, изъ которыхъ вербуются преступники,—тогда только оно въ правѣ быть безжалостнымъ и безпощаднымъ. „Сохраненіе смертной казни,—воскликнулъ Жоресъ,—есть уклоненіе отъ рѣшенія вопроса о соціальной отвѣтственности".

Какъ бы то ни было, вопросъ о ростѣ преступности и объ устрашающемъ значеніи смертной казни игралъ крупную роль въ преніяхъ. Аргументація здѣсь отчасти базировалась на цифрахъ, но, по крайней мѣрѣ, въ той же долѣ разсчитана была на то, чтобы „пужать" рисованіемъ картинъ будущей разнузданности апашей, cambrioleur'овъ и т. д.

Если смертная казнь будетъ отмѣнена во Франціи,—говорилъ докладчикъ Кастильяръ,—тысячи лицъ, боящихся нападенія убійцъ, потому что они сами робки, престарѣлы или слабы, или потому, что они живутъ въ отдаленныхъ и малолюдныхъ мѣстахъ, или потому, что у нихъ хранятся деньги или цѣнности,—да, тысячи лицъ будутъ такой отмѣной глубоко взволнованы и смущены. Эти лица, которыя болѣе цѣнятъ свою жизнь, нежели звучныя, но пустыя разглагольствованія поэтовъ-аболиціонистовъ, почувствовали бы себя менѣе огражденными, начиная съ той минуты, когда была бы отмѣнена казнь, и они прокляли бы утопіи законодателя... Мы не хотимъ брать на себя отвѣтственность за то недовольство, которое начинаетъ кипѣть въ странѣ". Кстати сказать, вообще, въ преніяхъ противники отмѣны неоднократно ссылались на то, что большинство населенія (по мнѣнію одного изъ ораторовъ, Жоржа Берри, $^{9}/_{10}$) на ихъ сторонѣ, и аболиціонисты были представлены въ видѣ защитниковъ убійцъ и злодѣевъ. „Вы защищаете убійцъ, мы защищаемъ честныхъ гражданъ—голосовать за отмѣну смертной казни было бы антисоціальнымъ и антигуманнымъ вотумомъ, ибо пытаясь пощадить жизнь преступника, мы бы подвергли угрозѣ жизнь честныхъ гражданъ—эта мысль повторялась въ разныхъ варіаціяхъ и вызвала сердитую реплику Жореса: „Считаете ли вы, что всѣ тѣ, кто со времени Гюго и Мишле борются противъ смертной казни,—покровительствуютъ убійцамъ".

Замѣтимъ мимоходомъ: нельзя не подивиться тому, что сторонники отмѣны при обсужденіи вопроса объ устрашающемъ значеніи смертной казни не воспользовались указаніемъ на опыты страны, въ которой массовое примѣненіе висѣлицы до сихъ поръ не могло достигнуть цѣли—искорененія преступности. Правда, во время преній, при перечисленіи странъ, въ которыхъ смертная казнь отмѣнена, деп. Руанэ хотѣлъ было причислить къ нимъ и

Россію. Но Пюэшъ на это возразилъ: „Россія! Въ самомъ дѣлѣ, г. Руанэ, я вамъ удивляюсь. Въ Россіи смертная казнь сохранена за политическія преступленія; за общія преступленія она замѣнена кнутомъ (sic!), который достигаетъ той же цѣли, но съ бо́льшими страданіями и въ болѣе продолжительное время". Къ этому необыкновенно смѣлому заявленію г. Пюэшъ прибавилъ болѣе основательное замѣчаніе: „Впрочемъ, по волѣ исполнительной власти смертная казнь всегда можетъ быть возстановлена. По правдѣ сказать, на Россію не слѣдуетъ ссылаться, когда рѣчь идетъ объ уваженіи къ человѣческой жизни".

Теперь я перехожу къ другому коренному доводу аболиціонистовъ, подробно разсмотрѣнному въ преніяхъ палаты,—къ доводу о судебной ошибкѣ, всегда возможной и особенно страшной, когда идетъ рѣчь о смертномъ приговорѣ, направленномъ противъ невознаградимаго блага.

Противники отмѣны смертной казни въ огромномъ большинствѣ хорошо сознаютъ все значеніе этого аргумента. Лишь весьма немногіе изъ нихъ отказываются съ нимъ считаться. Такъ, извѣстный Тардъ, не отрицая возможности судебныхъ ошибокъ, ведущихъ къ казни невиннаго, заявляетъ, что это обстоятельство такъ же мало говоритъ противъ смертной казни, какъ возможность хирургическихъ ошибокъ, заканчивающихся смертью подъ ножомъ, противъ хирургическихъ операцій. Парадоксъ Тарда — скорѣе образецъ такъ называемаго Galgenhumor, юмора висѣлицы. Для оцѣнки его достаточно сравнить впечатлѣніе, произведенное въ обществѣ извѣстіемъ о неудачной операціи, оказавшейся смертельной, съ ощущеніями и мыслями, вызванными казнью невинноосужденнаго. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что далеко не всѣ хирурги раздѣляютъ безпечно-философскій взглядъ Тарда, и мы знаемъ случаи самоубійства врачей подъ вліяніемъ тяжкихъ нравственныхъ мукъ, какъ послѣдствій неудачной операціи, стоившей жизни паціента.

Во время преній нѣкоторыя заявленія живо напомнили Galgenhumor Тарда и даже превзошли его. Такъ, когда извѣстному Лабори было указано, что ему-то болѣе всего подобаетъ, какъ защитнику жертвы судебной ошибки, помнить о значеніи этого аргумента, онъ, нимало не смутясь, возразилъ: „Если бы Дрейфуса разстрѣляли, мы бы сохранили возможность защищать его память. Для него и для его близкихъ это бы не было безразлично. Честь выше жизни". „Ошибка, — говорилъ онъ далѣе,—ошибка

вездѣ въ жизни. Палачъ тоже имѣетъ право ошибиться". Впрочемъ, если даже по ошибкѣ и будетъ казненъ душевно-больной, то, по мнѣнію Лабори, это несущественно, ибо такой больной во всякомъ случаѣ вреденъ и опасенъ. По этому поводу нельзя не припомнить замѣчанія, сдѣланнаго однимъ французскимъ судебнымъ дѣятелемъ, когда вскрытіе обнаружило несомнѣнную душевную болѣзнь казненнаго преступника Vacher (совершившаго рядъ звѣрскихъ изнасилованій): „Bah! on ne peut pourtan pas disséquer les comdamnés à mort avant de les exécuter" (нельзя же вскрывать приговоренныхъ къ смертной казни, прежде чѣмъ ихъ казнить).

Остальные ораторы, полемизируя съ доводомъ о судебныхъ ошибкахъ, были чужды этого цинизма. Такъ, докладчикъ коммиссіи Кастильяръ доказывалъ, что смертные приговоры должны быть приводимы въ исполненіе лишь тогда, когда абсолютно нѣтъ сомнѣнія въ виновности. Современный процессуальный порядокъ, по мнѣнію докладчика, даетъ для этого достаточно гарантій. Черезъ сколько инстанцій проходитъ дѣло, прежде чѣмъ дойти до присяжныхъ. Но и послѣ ихъ приговора остается возможность помилованія, и несомнѣнно, что этимъ правомъ всегда воспользуется глава государства, когда есть хоть тѣнь сомнѣнія.

Однако, министръ юстиціи Бріанъ привелъ нѣсколько примѣровъ, доказывающихъ, что вопросъ о судебныхъ ошибкахъ вовсе не имѣетъ только академическое значеніе. Правда, во всѣхъ этихъ случаяхъ рѣчь шла о лицахъ, дѣйствительно совершившихъ преступленіе, не невмѣняемыхъ. Но развѣ возведеніе на эшафотъ сумасшедшаго не есть убійство—на законномъ основаніи? Отрицательно на этотъ вопросъ можетъ отвѣтить только тотъ, кто отрицаетъ основные принципы уголовнаго права и правосудія. Но самая возможность болѣе грубыхъ ошибокъ доказана исторіей: достаточно напомнить все то же дѣло Дрейфуса. Правда, оно было разсмотрѣно военнымъ судомъ, но какого огромнаго труда потребовало впослѣдствіи раскрытіе ошибки и обнаруженіе ея виновниковъ!..

Нѣкоторые ораторы пытались ослабить значеніе аргумента о невознаградимости смертной казни, указывая, что и другія наказанія несвободны отъ этого элемента. Такъ, продолжительное тюремное заключеніе ослабляетъ духовныя и физическія силы, наноситъ существенный и часто непоправимый вредъ здоровью. Мало того: бываютъ случаи, когда угнетающее вліяніе одиночнаго режима доводитъ до совершеннаго умственнаго разстройства. Всѣ эти послѣдствія также невознаградимы, и во имя послѣдователь-

ности, отвергая смертную казнь, приходится отвергать и другіе виды наказаній. Повидимому, натяжка, допущенная такой аргументаціей, была настолько очевидна, что никто не захотѣлъ серьезно съ ней считаться.

Немалую роль въ преніяхъ сыгралъ вопросъ о томъ, какимъ наказаніемъ предполагается замѣнить смертную казнь. Здѣсь противники отмѣны не безъ успѣха доказывали, что проектируемый internement perpètuel, допускающій въ извѣстныхъ случаяхъ даже пожизненное одиночное заключеніе, есть мѣра изысканной жестокости. Она не допускаетъ смягченія: въ Бельгіи, съ тѣхъ поръ, какъ internement perpètuel, фактически заняло мѣсто смертной казни, не было случая, чтобы послѣдовало вторичное смягченіе. Между тѣмъ, перспектива такого пожизненнаго лишенія свободы, безъ проблеска надежды на измѣненіе участи, — рафинированная пытка. Причиняемыя ею нравственныя страданія нимало не уступаютъ тѣмъ, которыя испытываетъ приговоренный къ смертной казни. Опытъ итальянскаго ergastolo, нерѣдко доводящаго людей до сумасшествія, до душевной болѣзни,—въ этомъ отношеніи достаточно краснорѣчивъ.

Министру юстиціи пришлось нѣсколько смягчать суровыя краски, наложенныя на картину internement perpètuel тѣми не въ мѣру усердными и неумѣлыми аболиціонистами, которые въ своей аргументаціи считались главнымъ образомъ съ возраженіемъ объ ослабленіи репрессіи и доказывали, что придуманная взамѣнъ смертной казни мѣра также способна вселить ужасъ и отпугать отъ совершенія преступленій. И дѣйствительно: трудно назвать послѣдовательными тѣхъ, кто одной рукой устраняетъ, во имя гуманности, смертную казнь, а другой вводитъ такую чудовищную вещь, какъ приравненіе человѣка къ дикому звѣрю, пожизненное держаніе его въ клѣткѣ,—медленная гильотина, столь же ужасная, какъ и мгновенная.

Я коснулся только наиболѣе существенныхъ пунктовъ дебатовъ. Общее впечатлѣніе при ознакомленіи съ ними скорѣе отрицательное. Отдѣльныя фактическія свѣдѣнія, мѣткія сужденія, остроумныя сопоставленія, искреннія и воодушевленныя слова тонули въ огромной массѣ того невыносимаго надутаго и фразистаго краснорѣчія, которое такъ легко исторгаетъ аплодисменты французовъ. Вопросъ о смертной казни — одинъ изъ тѣхъ, которые просто въ силу традиціи неизмѣнно вызываютъ разные „magnifiques mouvements oratoires“ — великолѣпные ораторскіе пріемы,

въ которыхъ часто трудно бываетъ отличить искреннее чувство отъ поддѣльнаго его выраженія. Отъ этого напыщеннаго паѳоса не свободна къ сожалѣнію, и блестящая рѣчь Жореса; о разныхъ же dii minores, богахъ меньшаго размѣра, и говорить нечего.

Въ теченіе того мѣсяца, что шли съ перерывами пренія, успѣло выясниться, что въ палатѣ не найдется большинства, которое бы согласилось вотировать отмѣну смертной казни. Тогда, чтобы спасти положеніе, депутатъ Paul-Meunier и нѣкоторые другіе придумали такой исходъ: такъ какъ смертная казнь въ законѣ существуетъ, то нѣтъ никакой надобности особымъ голосованіемъ подтверждать ея существованіе. Руководясь этимъ соображеніемъ, Paul-Meunier внесъ поправку къ проекту коммиссіи, содержащему перечень уголовныхъ наказаній (peines afflictives et infamantes), во главѣ которыхъ стояла смертная казнь. Въ этой поправкѣ былъ совершенно обойденъ вопросъ объ этомъ перечнѣ, а заключался лишь рядъ правилъ, регулирующихъ вновь вводимое наказаніе internement perpetuel. Принятіе ея оставило бы вопросъ о принципіальномъ отношеніи палаты къ смертной казни нерѣшеннымъ: палатѣ не пришлось бы голосовать за или противъ отмѣны. Положеніе осталось бы in statu quo, съ той разницей, что смертная казнь замѣнялась бы, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, посредствомъ акта помилованія, — пожизненнымъ заключеніемъ, а не новокаледонскими каторжными работами, какъ теперь. Вотума, expressis verbis, подтверждающаго необходимость сохраненія смертной казни—при такихъ условіяхъ бы не было.

Надо сказать, что такой исходъ долженъ былъ удовлетворить многихъ, въ томъ числѣ и предсѣдателя коммиссіи Пюэша, который усерднѣе другихъ доказывалъ необходимость осторожности, необходимость первоначальнаго испытанія новой мѣры на практикѣ, прежде чѣмъ формально поставить ее на мѣсто смертной казни. Но докладчикъ Кастильяръ остался непреклоннымъ. Онъ „разоблачилъ“ маневръ, прочитавъ съ трибуны конфиденціальное письмо Paul-Meunier, циркулярно разосланное депутатамъ — членамъ большинства и объясняющее подоплеку поправки. Онъ доказалъ, что разъ вопросъ прямо и опредѣленно поставленъ, палата не имѣетъ права отъ него уклониться. Маневръ не удался. При голосованіи поправки Paul-Meunier за нее было подано 210 голосовъ, а противъ нея 334. Этимъ предрѣшался и вопросъ о принятіи проекта комиссіи. Любопытно, что когда въ засѣданіи 7 декабря внесено было предложеніе подвергнуть проектъ ко-

миссіи открытому поименному голосованію, оно было принято большинствомъ 550 голосовъ противъ 32. Но на другой день иниціаторы предложенія взяли свое предложеніе обратно, и палата приняла проектъ комиссіи тѣмъ же почти большинствомъ, какое образовалось при голосованіи поправки.

Если спросить себя, какое практическое значеніе имѣетъ это голосованіе, то, оставляя въ сторонѣ вопросъ о дальнѣйшей судьбѣ самаго проекта который еще долженъ быть разсмотрѣнъ сенатомъ, можно, думается, съ увѣренностью прежде всего отвѣтить, что оно не поведетъ къ фактическому возстановленію смертной казни. Мы не представляемъ себѣ, чтобы французское правительство могло вступить на тотъ путь expérimentation sociale, на который зоветъ проф. Лакассань, предлагающій въ своей книжкѣ начать примѣнять смертную казнь безъ всякихъ смягченій въ теченіе періода времени не ниже десяти лѣтъ, съ тѣмъ, чтобы убѣдиться въ томъ или другомъ вліяніи казней и движеніи преступности.

По всей вѣроятности, мы увидимъ во Франціи повтореніе того, что происходитъ въ Бельгіи. Смертная казнь останется въ законѣ, но гильотина не будетъ воздвигнута. Она останется въ запасѣ, на всякій случай. Должность палача превратится въ синекуру, до тѣхъ поръ, быть можетъ, пока измѣнившіяся обстоятельства не потребуютъ возвращенія его вновь къ активной дѣятельности [1]).

Въ этомъ именно мы прежде всего и видимъ значеніе вотума, палаты, отказавшейся вычеркнуть смертную казнь изъ числа наказаній. Сохраняя это оружіе въ своемъ арсеналѣ, государство идетъ навстрѣчу возможности когда-нибудь въ будущемъ снова широко имъ воспользоваться. „Институтъ уничтожающійся,—говоритъ Тардъ въ статьѣ о дуэли,—хорошъ ли онъ, или дуренъ, пока еще онъ не совсѣмъ умеръ, всегда сохраняетъ способность къ внезапному возрожденію, подъ вліяніемъ ли каприза моды или одной изъ тѣхъ революціонныхъ бурь, которыя разыгрываются, когда ихъ меньше всего ждали". Лѣтъ десять тому назадъ,

---

[1]) Авторъ оказался плохимъ пророкомъ. Какъ извѣстно, смертная казнь возстановлена фактически. За истекшій мѣсяцъ гильотинировано 5 человѣкъ, причемъ вся процедура казни и сцены, разыгравшіяся вокругъ эшафота, способны возбудить омерзѣніе и отвращеніе въ каждомъ, кто не утратилъ этическаго чувства. Если нужно было дать новый аргументъ противъ смертной казни, правительство Клемансо дало такой аргументъ исполнивъ волю народнаго представительства.

цитируя эти слова въ статьѣ о смертной казни по проекту новаго уложенія,я писалъ: зерно не погибшее всегда можетъ дать ростокъ, способный разрастись въ пышное дерево. Ужасная русская дѣйствительность доказала правильность этой мысли. Едва ли можно сомнѣваться, что если бы еще 10—15 лѣтъ тому назадъ смертная казнь была формально отмѣнена въ Россіи, хотя бы по общему уложенію, мы не сдѣлались бы свидѣтелями той неслыханной expèrimentation sociale, которая выражается тысячными цифрами казненныхъ за три года.

Другое значеніе вотума—болѣе принципіальнаго характера Приходится констатировать, что въ концѣ перваго десятилѣтія двадцатаго вѣка законодательное собраніе одной изъ культурнѣйшихъ странъ Европы, руководящее большинство которой составляютъ приверженцы радикальныхъ идей, не рѣшило навсегда выбросить изъ кодекса остатокъ стариннаго варварства и сохранило пугало гильотины и позоръ палача.

III.

Судьба вопроса о смертной казни во Франціи можетъ послужить исходнымъ пунктомъ для нѣкоторыхъ соображеній касательно самой постановки вопроса. Соображенія эти и послужатъ заключительной частью нашего очерка.

Извѣстно, что литература аболюціонизма въ теченіе минувшаго столѣтія пережила двѣ эпохи: первую—эпоху борьбы со смертной казнью на почвѣ метафизической, вторую—борьбы на почвѣ утилитарной, или, общѣе говоря, уголовно-политической. Еще съ конца восемнадцатаго столѣтія идетъ теченіе, оспаривающее право государства примѣнять смертную казнь. „Жизнь не составляетъ блага, даруемаго человѣку государствомъ, а потому государство и не имѣетъ законнаго права отнимать эту жизнь“ Вотъ какъ резюмируетъ Н. С. Таганцевъ основную мысль этого теченія, приведшаго, между прочимъ, въ 1848 году къ отмѣнѣ во всей западной Европѣ смертной казни за политическія преступленія. Въ настоящее время, и уже начиная съ 60-хъ годовъ прошлаго столѣтія, точка зрѣнія метафизическая уступаетъ мѣсто другой. Всѣ усилія аболиціонистовъ второй половины прошлаго вѣка направлены на то, чтобы подойти къ оцѣнкѣ смертной казни съ тѣми же критеріями *цѣлесообразности*, которые примѣняются ко всѣмъ остальнымъ наказаніямъ. Извѣстныя работы Гетцеля, Гейера,

Миттермайера, Гауса, нашего Кистяковскаго задуманы именно въ этомъ направленіи. Къ концу XIX вѣка подавляющее большинство криминалистовъ-теоретиковъ уже принадлежитъ къ противникамъ смертной казни во имя соображеній уголовно-политическихъ.

Въ преніяхъ палаты депутатовъ отразились оба теченія. Вопросъ о правѣ государства лишать преступника жизни былъ поставленъ вновь, и вновь было указано на то, что право необходимой обороны допускаетъ даже безнаказанное лишеніе жизни однимъ человѣкомъ другого. Тѣмъ паче это droit de lêgitime défense принадлежитъ государству, и по существу нѣтъ никакого различія между правомъ на отнятіе свободы и правомъ на отнятіе жизни. „Право распоряжаться свободой включаетъ право распоряжаться жизнью", восклицалъ одинъ изъ ораторовъ.

Но, какъ это видно изъ предшествующаго изложенія, центръ тяжести въ преніяхъ все же составили разсужденія уголовно-политическаго характера, среди которыхъ вопросъ объ устрашающемъ вліяніи угрозы смертной казнью и о судебныхъ ошибкахъ занялъ первое мѣсто.

Я не отрицаю огромнаго значенія этой уголовно-политической точки зрѣнія. Я вполнѣ соглашаюсь съ тѣмъ, что и въ наукѣ, и въ законодательныхъ собраніяхъ она должна быть настойчиво выдвигаема. Въ частности, въ примѣненіи къ преступленіямъ политическимъ, выводы, къ которымъ пришла наука, настолько очевидны и подтверждаются опытомъ, что возражать противъ нихъ невозможно. Я, однако, полагаю, что въ настоящее время вопросъ долженъ быть переставленъ на этическую почву. Нужно сознать, что помимо соображеній философскаго и уголовно-политическаго характера, говорящихъ противъ смертной казни, ея этическая недопустимость имѣетъ безспорное и рѣшающее значеніе.

Еще въ концѣ XVIII вѣка вполнѣ возможны были споры о цѣлесообразности пытки, какъ вѣрнѣйшаго средства отысканія истины въ уголовномъ процессѣ. Извѣстный криминалистъ Muyart de Vouglans въ 1767 г. доказывалъ, что на одного невиннаго, подвергнутаго въ теченіе ста лѣтъ пыткамъ, приходятся тысячи такихъ, которые безъ примѣненія этого средства остались бы безнаказанными, совершивъ тяжкое преступленіе; что пытка должна быть сохранена потому, что еще не придумано въ замѣну ея достаточно дѣйствительнаго и подходящаго средства; наконецъ, онъ ссылался на древность и общераспространенность пытки.

Возможно ли себѣ представить, чтобы кто-нибудь согласился принять споръ на этой почвѣ и доказывать, что пытка—плохое, нецѣлесообразное процессуальное средство. Если еще Александръ I провозгласилъ, что самое существованіе пытки, „стыдъ и укоризну человѣчеству наносящее", должно быть навсегда изгнано изъ памяти народной, то для людей XIX и XX вѣковъ показалось бы совершенно нелѣпымъ спорить съ Muyart de Vouglans о процессуальныхъ достоинствахъ пытки. Допустимъ, что онъ вполнѣ правъ; допустимъ, что онъ гораздо скорѣе заставилъ бы заговорить таинственную г-жу Стенэль, чѣмъ всѣ парижскіе судебные слѣдователи вмѣстѣ взятые; но разъ въ общественное сознаніе вошло и прочно въ немъ укоренилось представленіе объ этической недопустимости пытки, выраженной въ прекрасныхъ словахъ императора Александра I, всякій споръ о цѣлесообразности, о правѣ на примѣненіе пытки утрачиваетъ свой смыслъ.

Другой примѣръ—крѣпостное право, институтъ рабства вообще. Мы знаемъ, что остались до сихъ поръ защитники крѣпостного права, доказывающіе, что отмѣна его нанесла ударъ благосостоянію крестьянина, что, порвавшись, цѣпь великая ударила „однимъ концомъ по барину, другимъ по мужику", — что крѣпостническій строй лучше всего обезпечиваетъ крѣпость и могущество государства. Но и здѣсь, разъ люди поняли, что обращеніе одного человѣка въ собственность другого этически недопустимо, споръ о достоинствахъ или недостаткахъ крѣпостного права можетъ имѣть лишь академическое, историческое значеніе.

Въ теченіе XIX вѣка этика культурнаго человѣчества отвергла квалифицированные виды смертной казни, а также увѣчащія тѣлесныя наказанія, и мы теперь посмотрѣли бы на того, кто вздумалъ бы требовать возвращенія къ колесованію, къ залитію горла оловомъ и т. п., какъ на сумасшедшаго, какъ на нравственнаго урода. Въ этически развитомъ человѣкѣ предложенія ввести кастрацію преступниковъ, дегенератовъ, алкоголиковъ и т. п. вызываютъ омерзѣніе. Для нашей европейской культуры такія мѣры уже непріемлемы: этика доминируетъ надъ цѣлесообразностью. Новый свѣтъ, мы знаемъ, даетъ намъ примѣры обратнаго рода...

И вотъ, я утверждаю, что къ вопросу о смертной казни слѣдуетъ подойти съ этой этической точки зрѣнія, которая должна господствовать надъ всякими соображеніями о цѣлесообразности, отодвигая ихъ на задній планъ. Отвѣта слѣдуетъ искать не только

и не столько въ соображеніяхъ разума, а прежде всего въ велѣніяхъ и запросахъ совѣсти. Стоя на этой точкѣ зрѣнія, мы скажемъ, что споръ о томъ, устрашаетъ ли, или не устрашаетъ смертная казнь, долженъ имѣть такъ же мало значенія, какъ аналогичный споръ о пыткѣ или объ увѣчащихъ тѣлесныхъ наказаніяхъ. Съ этой же точки зрѣнія, если бы даже удалось добиться полнаго устраненія судебныхъ ошибокъ, если бы юстиція стала непогрѣшимой, это бы не прибавило ни іоты въ пользу смертной казни, ибо не заглушило бы протеста нравственнаго чувства.

Сознаніе же этической недопустимости смертной казни достигается не столько логическими разсужденіями, сколько апеллированіемъ къ этому нравственному чувству, къ совѣсти культурнаго человѣчества.

Первый изъ ораторовъ, говорившій во французской палатѣ по вопросу о смертной казни, сдѣлалъ одно любопытное указаніе. Онъ сослался на анкету, сдѣланную однимъ изъ его коллегъ среди французской магистратуры. Анкета эта показала, что всѣ тѣ, которые отрицательно относятся къ смертной казни, бывали свидѣтелями ея приведенія въ исполненіе, и наоборотъ, ни одинъ изъ ея защитниковъ никогда не присутствовалъ при ней. Это наглядный примѣръ того, какъ нравственное чувство можетъ быть разбужено непосредственнымъ воспріятіемъ.

Цѣлый рядъ признаковъ свидѣтельствуетъ объ истинномъ отношеніи этого нравственнаго чувства, не заглушеннаго вѣковою тяжестью традиціонныхъ предразсудковъ, обывательскимъ равнодушіемъ, человѣконенавистническими внушеніями. Въ былое время смертная казнь отправлялась публично, въ праздничные дни, на глазахъ массы народа, съ пышной торжественностью. Теперь вся обстановка свидѣтельствуетъ о томъ, что творится ужасное и отвратительное дѣло. Присутствіе при исполненіи казни для лицъ обязанныхъ—тяжкое, зачастую невыносимое испытаніе. Извѣстны случаи душевной болѣзни, развившейся у такихъ невольныхъ свидѣтелей, подъ вліяніемъ впечатлѣній на мѣстѣ казни [1]).

Инстинктивный протестъ нравственнаго чувства сказывается и

---

[1]) Притупленіе нравственнаго чувства возможно, конечно, въ этой области. Если вѣрить газетнымъ свѣдѣніямъ, въ Кіевѣ недавно нѣкоторые представители высшаго общества ходатайствовали передъ властями о разрѣшеніи присутствовать при приведеніи въ исполненіе смертныхъ приговоровъ надъ осужденными за убійство семьи Островскихъ. Дикари тоже находятъ, что пріятенъ запахъ крови убитаго врага...

въ отношеніи къ палачамъ. У насъ въ Россіи палачъ никогда не былъ официальнымъ лицомъ, и въ нашей государственной росписи мы тщетно стали бы искать тѣ кредиты, которые былъ вычеркнуты изъ французскаго бюджета. Для выполненія смертныхъ приговоровъ власть должна прибѣгнуть къ услугамъ отверженныхъ людей, потерявшихъ послѣдній остатокъ нравственнаго чувства. Да и эти люди, часто лишь доведя себя виномъ до почти полной невмѣняемости, оказываются способными выполнить до конца свое дѣло...

Въ нашей русской литературѣ—не юридической, а художественной—эта именно сторона смертной казни выражена съ потрясающей силой и яркостью. Немного страницъ Тургенева („Казнь Тропмана"), Толстого (разсказъ Крыльцова въ „Воскресеньѣ"), Достоевскаго (разсказъ князя Мышкина въ „Идіотѣ") убѣдительнѣе и неотразимѣе тысячи ученыхъ сочиненій и столбцовъ статистическихъ цифръ. Онѣ не доказываютъ, онѣ показываютъ,—въ этомъ ихъ сила. Съ ними нельзя спорить: можно только зажать уши и зажмурить глаза.

Вспомните ощущенія Тургенева при видѣ „репетиціи" казни, которую производилъ на глазахъ толпы палачъ, желая убѣдиться въ томъ, что гильотина хорошо дѣйствуетъ:

— Я не сталъ смотрѣть на эту репетицію... Чувство какого-то моего, мнѣ неизвѣстнаго, прегрѣшенія, тайнаго стыда, во мнѣ постоянно усиливалось... Быть можетъ, этому чувству долженъ я приписать то, что лошади, запряженныя въ фуры и спокойно жевавшія въ торбахъ овесъ передъ воротами тюрьмы, показались мнѣ единственно невинными существами среди всѣхъ насъ. — И послѣ страшнаго въ своей простотѣ разсказа о казни—никто изъ насъ,—говоритъ Тургеневъ,—рѣшительно никто не смотрѣлъ человѣкомъ, который сознаетъ, что присутствовалъ при совершеніи акта общественнаго правосудія: всякій старался мысленно отвернуться и какъ бы сбросить съ себя отвѣтственность въ этомъ убійствѣ.—А между тѣмъ рѣчь шла о казни безжалостнаго убійцы, изверга, перерывавшаго горла дѣтей, въ то время, какъ они кричали, зовя мать...

Въ потрясающихъ сценахъ Толстого и Достоевскаго эта невыносимая для здороваго нравственнаго чувства сторона смертной казни выступаетъ и какъ выводъ, и какъ непосредственное впечатлѣніе. Достоевскій, какъ извѣстно, самъ былъ приговоренъ къ смертной казни и получилъ помилованіе уже будучи на мѣстѣ и въ ожиданіи ея. Оттого-то и разсказъ князя Мышкина и ощущенія,

о которыхъ онъ говоритъ, дышатъ такой страшной правдой. Сильнѣе этого никогда ничего не было сказано противъ смертной казни. Вы чувствуете эти „судороги души“, о которыхъ говоритъ Мышкинъ, это „надругательство надъ душой, и больше ничего“. Убивать за убійство—это слова Достоевскаго, вложенныя въ уста Мышкина—несоразмѣрно большее наказаніе, чѣмъ само преступленіе. Убійство по приговору несоразмѣрно ужаснѣе, чѣмъ убійство разбойничье. Тотъ, кого убиваютъ разбойники, рѣжутъ ночью, въ лѣсу, или какъ-нибудь, непремѣнно еще надѣется или бѣжать, или проситъ. А тутъ всю эту послѣднюю надежду, съ которою умирать въ десять разъ легче, отнимаютъ *навѣрно;* тутъ приговоръ, и въ томъ, что навѣрно не избѣгнешь, вся ужасная-то мука и сидитъ, и сильнѣе этой муки нѣтъ на свѣтѣ... Кто сказалъ, что человѣческая природа въ состояніи вынести это безъ сумасшествія? Зачѣмъ такое ругательство, безобразное, ненужное, напрасное... Нѣтъ, съ человѣкомъ такъ нельзя поступать“.

Достоевскій понималъ, что́ сильнѣе всего, что́ всего неотразимѣе, когда говорилъ о смертной казни. Устами того же Мышкина онъ предлагаетъ нарисовать картину: лицо приговореннаго за минуту до удара гильотины, когда еще онъ на эшафотѣ стоитъ, передъ тѣмъ, какъ ложиться на доску. „Нарисуйте эшафотъ, такъ, чтобы видна была ясно и близко одна только послѣдняя ступень; преступникъ ступилъ на нее: голова, лицо блѣдное, какъ бумага; священникъ протягиваетъ крестъ, тотъ съ жадностью протягиваетъ свои синія губы и глядитъ—и все знаетъ. Крестъ и голова—вотъ картина, остальное... для аксессуара“. „Такая картина,—говоритъ Достоевскій,—будетъ полезная“.

Что значатъ—скажемъ и мы—предъ лицомъ такой картины, и еще болѣе—предъ лицомъ самой дѣйствительности—всѣ споры объ уголовно-политическихъ достоинствахъ и недостаткахъ смертной казни? Въ какую броню нужно заковать душу для того, чтобы сдѣлать ее недоступной этому зову? Куда уйти отъ него и что на него отвѣтить?..

Вотъ въ какомъ направленіи желательна и плодотворна дальнѣйшая борьба. Пусть не возражаютъ, что она такимъ образомъ переносится въ область чувства, разсчитываетъ бить по нервамъ, тогда какъ и чувство и нервы притуплены. Апеллируя къ этикѣ, стремясь будить дремлющій голосъ совѣсти, мы служимъ высшимъ задачамъ человѣчества. Болѣе, чѣмъ когда-либо, теперь въ Россіи нужны великія усилія въ этомъ направленіи.

Аболиціонисты XIX вѣка для болѣе успѣшной борьбы противъ смертной казни вывели вопросъ изъ области абстрактныхъ философствованій и, поставивъ смерную казнь на уровнѣ прочихъ наказаній, доказали ея уголовно-политическую несостоятельность. Настало время для новаго фазиса: смертная казнь должна быть вновь выведена вонъ изъ общей системы карательныхъ мѣръ во имя требованій этики. Во имя этихъ требованій долженъ быть предъявленъ отводъ противъ уголовно-политическаго спора. Смертная казнь не можетъ болѣе признаваться мѣрой правосудія: она лишь остатокъ стараго варварства, пятно на человѣчествѣ, „стыдъ и укоризну“ ему наносящее. Задача современныхъ аболиціонистовъ заразить все общество духомъ омерзѣнія и ужаса передъ этимъ варварствомъ.

Какъ рабство, какъ пытка, какъ увѣчащія наказанія, смертная казнь будетъ изгнана изъ законодательства не теоретическими только разсужденіями, а немолчнымъ, все растущимъ и всѣхъ охватывающимъ протестомъ возмущеннаго нравственнаго чувства.

По окончаніи доклада произошелъ обмѣнъ мнѣній.

М. М. Боровитиновъ началъ свою рѣчь съ заявленія, что онъ безусловно убѣжденъ въ томъ, что пророческія слова Н. С. Таганцева, которыми референтъ началъ свой докладъ, когда-либо сбудутся, и горячо желалъ бы, чтобы они сбылись какъ можно скорѣе. Въ этомъ пунктѣ онъ совершенно сходится съ докладчикомъ, но ему представляются неправильными путь, избранный В. Д. Набоковымъ для рѣшенія вопроса о смертной казни и обусловленное ошибочными методологическими пріемами утвержденіе его, будто бы перенесеніе спора о смертной казни на почву своевременности или несвоевременности отмѣны ея есть уклоненіе отъ принципіальнаго рѣшенія вопроса. Оппонентъ, напротивъ, убѣжденъ, что правильное рѣшеніе послѣдняго можетъ быть дано только въ условіяхъ времени и мѣста. Послѣ цѣлаго ряда блестящихъ работъ исторической школы, среди которыхъ на русскомъ языкѣ особенно видное мѣсто занимаютъ труды покойнаго профессора Н. Д. Сергѣевскаго, оппоненту трудно даже усвоить себѣ точку зрѣнія, стоя на которой можно утверждать, что вопросъ о смертной казни долженъ получить одинаковое рѣшеніе для всѣхъ народовъ и для всѣхъ временъ. Смертная казнь есть видъ наказанія и должна оцѣниваться съ той точки

зрѣнія, съ какой оцѣниваются всѣ вообще наказанія. Несомнѣнная, хотя и довольно распространенная ошибка—создавать для нея особый научный критерій. Цѣлесообразность и допустимость всѣхъ вообще карательныхъ мѣръ, не исключая и смертной казни, представляется весьма и весьма относительной. Наказанія, не только вполнѣ оправдываемыя, но и необходимыя при извѣстныхъ условіяхъ общественной жизни, дѣлаются совершенно недопустимыми при другихъ. Ни законодатель, ни криминалистъ-теоретикъ не могутъ руководствоваться одними только соображеніями этическаго характера. Для законодателя вопросъ о смертной казни будетъ всегда сводиться къ вопросу о своевременности или несвоевременности ея отмѣны, для криминалиста-теоретика — къ указанію тѣхъ условій, при наличности которыхъ отмѣна смертной казни можетъ и должна имѣть мѣсто.

Изъ научныхъ работъ по исторіи карательныхъ мѣръ извѣстно, что смягченіе наказаній вообще, и въ частности вымираніе смертной казни происходитъ подъ вліяніемъ главнымъ образомъ двухъ факторовъ: упроченія авторитета государственной власти и фактической возможности для власти, безъ опасенія за ростъ преступности, замѣнить смертную казнь болѣе гуманными карательными средствами, съ одной стороны, и состоянія народной этики, съ другой. Чѣмъ сильнѣе авторитетъ государственной власти, чѣмъ болѣе развито въ гражданахъ чувство законности, тѣмъ меньшую опасность представляетъ изъ себя преступникъ. Увѣренное въ томъ, что актъ возстанія его противъ закона не вызоветъ подражанія, сильное государство можетъ позволить себѣ чувство жалости, пощады. Упрочсніе твердости государственнаго строя всегда ведетъ къ уменьшенію репрессіи, напротивъ того, при сколько-нибудь серьезной попыткѣ поколебать власть неизбѣжно возникаетъ вопросъ о повышеніи карательныхъ ставокъ. — Другимъ факторомъ, обусловливающимъ сокращеніе области примѣненія смертной казни, является постепенное смягченіе нравовъ. Подъ дѣйствіемъ этого фактора уже сошли со сцены изувѣчивающія наказанія, квалифицированныя смертныя казни, истязанія; онъ вытѣсняетъ и смертную казнь и несомнѣнно окончательно вытѣснитъ ее, какъ только отвращеніе къ пролитію крови проникнетъ настолько человѣческое существо, что самый фактъ пролитія человѣческой крови, независимо отъ цѣлей, ради ко-

торыхъ онъ былъ предпринятъ, будетъ возмущать нравственное чувство каждаго этически развитого человѣка. Когда состояніе народной этики достигнетъ этой стадіи развитія, отмѣна смертной казни сдѣлается неизбѣжной, такъ какъ государство, которое пожелало бы примѣнять ее въ разрѣзъ съ убѣжденіями общества, не нашло бы ни судей, ни исполнителей, но само собою разумѣется, что нельзя даже допустить мысли, чтобы при такомъ состояніи нравовъ за отмѣну смертной казни не высказалась прежде всего законодательная власть. Способствовать скорѣйшему усвоенію указаннаго этическаго идеала—задача въ высшей степени плодотворная и благодарная. Съ этой точки зрѣнія оппонентъ горячо привѣтствовалъ бы докладъ, еслибы В. Д. Набоковъ не ограничилъ свою проповѣдь отвращенія къ пролитію крови исключительно тою формою, въ которой послѣднее служитъ интересамъ закона и порядка, а осудилъ бы всякое пролитіе крови и въ особенности политическія убійства. Оппонентъ не вступилъ бы въ „лигу борьбы со смертною казнью“, но въ „лигу борьбы съ пролитіемъ крови“, еслибы такая образовалась, оппонентъ вступилъ бы и весьма охотно.

Обратившись къ разсмотрѣнію съ точки зрѣнія высказанныхъ имъ положеній вопроса о томъ, насколько было бы правильно согласиться съ первою Государственною Думою и отмѣнить смертную казнь въ Россіи, М. М. Боровитиновъ заявилъ, что на этотъ вопросъ, по его мнѣнію, можетъ быть данъ только отрицательный отвѣтъ. На путь отмѣны смертной казни Россія вступила ранѣе всѣхъ другихъ государствъ, если не считать ничтожной по району примѣненія попытки, сдѣланной въ 1747 году въ Тосканѣ. Общее число казненныхъ въ Россіи въ теченіе XIX в. по сравненію съ другими европейскими государствами представляется крайне незначительнымъ. Наконецъ, въ концѣ XIX в., когда Государственный Совѣтъ разсматривалъ проектъ новаго уголовнаго уложенія, смертная казнь фактически могла считаться почти отмѣненной, такъ какъ съ 1889 по 1902 годъ не было ни одного случая ея примѣненія. И тѣмъ не менѣе ни редакціонная коммисія по составленію проекта новаго уголовнаго уложенія, ни Государственный Совѣтъ не нашли возможнымъ не только отмѣнить смертную казнь, но даже исключить ее изъ числа общихъ уголовныхъ законовъ, съ сохраненіемъ за нею значенія мѣры

чрезвычайной, какъ то предлагала коммисія Грона въ 1879 году. И это предложеніе, очевидно, представлялось редакціонной коммисіи, въ составъ которой входили, какъ извѣстно, три самыхъ выдающихся нашихъ криминалиста-теоретика, Таганцевъ, Фойницкій и Неклюдовъ, изъ которыхъ ни одинъ не можетъ считаться принципіальнымъ сторонникомъ смертной казни, шагомъ слишкомъ смѣлымъ, слишкомъ рискованнымъ. Наступилъ ли для отмѣны смертной казни болѣе благопріятный моментъ, когда государственная власть оказалась вынужденной возстановить фактическое ея дѣйствіе послѣ 13-лѣтняго перерыва? Нельзя забывать, при какихъ условіяхъ это возстановленіе состоялось, какъ осторожно, чтобы не сказать нерѣшительно, поступало при этомъ правительство, отнюдь не проявившее склонности пользоваться слишкомъ широко правомъ примѣненія смертной казни. Хотя убійца Министра Внутреннихъ Дѣлъ Сипягина и покушавшійся на убійство Виленскаго губернатора фонъ-Валя были казнены, но по отношенію къ цѣлому ряду другихъ преступниковъ — убійцѣ Министра Народнаго Просвѣщенія Боголѣпова, убійцѣ Министра Внутреннихъ Дѣлъ Плеве, участникамъ покушенія на убійство Оберъ-Прокурора Синода Побѣдоносцева и другимъ, мѣрами карательной репрессіи явились не смертная казнь, а меньшія по тяжести наказанія. И только новая серія политическихъ убійствъ, начавшаяся въ 1905 году съ убійства Великаго Князя Сергѣя Александровича и достигшая вскорѣ неслыханныхъ размѣровъ, сдѣлала то, что законы, требующіе примѣненія смертной казни, перестали быть мертвой буквой, что власть обратилась къ нимъ, какъ къ одному изъ средствъ, долженствующихъ привести страну къ успокоенію. Когда въ государствѣ происходитъ революція, когда авторитетъ правительства колеблется, нельзя принимать мѣръ, которыя ведутъ не къ усиленію, а лишь къ еще большему ослабленію власти. Въ моменты колебанія государственнаго могущества скоро подавить анархію могутъ только быстрыя и рѣшительныя мѣры.

При рѣшеніи вопроса объ отмѣнѣ смертной казни весьма видную роль играетъ всегда то наказаніе, которымъ предполагается смертную казнь замѣнить. Чѣмъ бы мы могли замѣнить смертную казнь? Каторгой, но ни для кого не секретъ, что въ настоящее время каторга находится у насъ въ совершенномъ разстройствѣ и по устрашительной своей силѣ не

можетъ идти со смертною казнью ни въ какое сравненіе. Въ особенности же непригодной являлась она въ послѣдніе годы для наказанія за политическія убійства, благодаря усиленно распространявшимся слухамъ объ амнистіи. Если бы смертная казнь была отмѣнена, число политическихъ убійствъ должно было бы значительно увеличиться, такъ какъ ко всѣмъ другимъ мотивамъ, толкающимъ на эти преступленія, прибавился бы еще одинъ и очень сильный — надежда на безнаказанность, которая достигалась бы или путемъ побѣга, или же, при неудачѣ послѣдняго, съ полученіемъ амнистіи.

Въ доказательство того, насколько смертная казнь по устрашительной силѣ своей превосходитъ всѣ другія наказанія, оппонентъ позволяетъ себѣ сослаться только на одинъ фактъ, засвидѣтельствованный въ Государственномъ Совѣтѣ во время обсужденія вопроса о смертной казни членомъ Государственнаго Совѣта Крамеромъ. Въ теченіе 1904 и главнымъ образомъ 1905 года по 19 января 1906 года среди чиновъ Рижской городской полиціи пострадавшихъ отъ дѣйствій революціонеровъ было 110 человѣкъ, т.-е. болѣе четверти всего состава полиціи. Просматривая списки убитыхъ и раненыхъ, можно видѣть, что въ первой половинѣ января 1906 года почти ежедневно жертвами революціонеровъ дѣлалось нѣсколько человѣкъ. Вводится военное положеніе и во второй половинѣ января выносится первый смертный приговоръ. Результатъ: съ 19 января до 16 мая ни одного случая нападенія на чиновъ полиціи. Не является ли этотъ результатъ достаточно краснорѣчивымъ?

Итакъ, пока не прекратится въ Россіи смута, нельзя ожидать, чтобы починъ въ дѣлѣ отмѣны смертной казни взяла на себя государственная власть. Еще менѣе, однако, можно думать, что въ болѣе или менѣе близкомъ будущемъ правительство можетъ вынудить на этотъ шагъ рѣшительное отвращеніе къ пролитію крови, обнаружившееся въ обществѣ. Пока существуетъ война и дуэль, пока за частными лицами признается право убійства въ необходимой оборонѣ, нельзя говорить, что фактъ пролитія крови самъ по себѣ вызываетъ отвращеніе. У различныхъ людей психическая реакція, конечно, совершенно различна, но не подлежитъ сомнѣнію, что массу возмущаетъ не всякое лишеніе жизни, а только противозаконное лишеніе жизни, именуемое убійствомъ. Однако, и убійство да-

леко не всегда и не со стороны всѣхъ вызываетъ то рѣшительное осужденіе, которое оно, казалось бы, должно было вызывать. Въ подтвержденіе своихъ словъ оппонентъ сослался на снисходительное, чтобы не сказать сочувственное, отношеніе извѣстной части общества къ политическимъ убійствамъ и сопоставилъ отношеніе къ смертной казни и къ политическимъ убійствамъ нѣкоторыхъ органовъ періодической пресы. „Требованіе признать за жизнью значеніе блага абсолютной цѣнности, находящагося внѣ сферы государственнаго вмѣшательства—сказалъ онъ—было предъявлено правительству въ такое время, когда во многихъ органахъ печати вслѣдъ за статьею, начинавшеюся или кончавшеюся словами: „Довольно крови! Народъ усталъ, онъ не хочетъ, чтобы гибли лучшіе сыны его“, можно было прочесть телеграмму изъ Варшавы: „Рабочіе, не стѣсняясь, убиваютъ всѣхъ провокаторовъ. 27 октября было убито и ранено около 10 человѣкъ“, а за нею корреспонденцію изъ Либавы: „Вчера казнили подстрекателя. Привсли его на проволочную фабрику, судили, приговорили къ казни и тутъ же на мѣстѣ застрѣлили“. Давая мѣсто подобнымъ сообщеніямъ, редакціи не только не обмолвливались словомъ о гнусности такихъ убійствъ, но не стѣснялись даже помѣщать рядомъ съ ними и заявленія въ родѣ слѣдующаго: „Если провокація не прекратится, то, по слухамъ, рѣшено обливать пойманныхъ провокаторовъ бензиномъ и зажигать ихъ на улицѣ для устрашенія черной сотни“.

Итакъ, пролитіе крови признавалось, хотя бы и незначительною сравнительно частью общества, безнравственнымъ средствомъ только въ рукахъ правительства, при условіи опредѣленія смертной казни въ приговорѣ суда. Тѣ самыя лица, которыя приходили отъ этого въ крайнее возбужденіе и негодованіе, въ умерщвленіи слугъ правительства революціонерами, хотя бы самымъ звѣрскимъ способомъ, не видѣли ничего безнравственнаго — лишеніе жизни въ этихъ случаяхъ представлялось имъ лишь естественнымъ выраженіемъ совершенно справедливаго народнаго гнѣва. Чтобы при такой психикѣ даже интеллигентныхъ людей говорить о подготовленности общества къ отмѣнѣ смертной казни, объ ея несоотвѣтствіи его этическимъ воззрѣніямъ, надо совершенно отрѣшиться отъ дѣйствительности. Отрицанія смертной казни народной этикой мы дождемся, очевидно, еще очень нескоро. Раньше чѣмъ осу-

дить смертную казнь, народная этика осудитъ несомнѣнно революціонный терроръ.

Въ заключеніе своей рѣчи М. М. Боровитиновъ указалъ на то, что, не соглашаясь съ положеніемъ докладчика о возможности для законодателя высказаться за отмѣну смертной казни безотносительно къ времени и мѣсту, сводя вопросъ о смертной казни къ вопросу о своевременности или несвоевременности ея отмѣны, онъ выражаетъ не личное только свое мнѣніе, но и господствующую точку зрѣнія среди представителей какъ западноевропейской, такъ и русской науки. Изъ числа послѣднихъ, кромѣ профессоровъ Таганцева, Фойницкаго и Неклюдова, отношеніе которыхъ къ смертной казни сказалось достаточно опредѣленно въ проектѣ новаго уголовнаго уложенія, оппонентъ можетъ сослаться на мнѣнія Спасовича и Сергѣевскаго. В. Д. Спасовичъ еще при разсмотрѣніи проекта уголовнаго уложенія указалъ въ С.-Петербургскомъ же юридическомъ обществѣ на несвоевременность отмѣны смертной казни за политическія преступленія. Н. Д. Сергѣевскій въ то время съ нимъ не соглашался. Посвятивъ вопросу о смертной казни нѣсколько работъ, онъ долгое время оставался безусловнымъ ея противникомъ и, считая, что въ Россіи государственный порядокъ достаточно окрѣпъ, настаивалъ на полной отмѣнѣ смертной казни, настаивалъ, кстати сказать, въ то время, когда другіе ученые на это не рѣшались. Успѣхи революціоннаго движенія послѣднихъ лѣтъ значительно поколебали, однако, его прежніе взгляды и въ 7-мъ изданіи своего учебника, вышедшемъ за нѣсколько дней до его безвременной кончины, онъ высказывается противъ немедленной отмѣны смертной казни съ тою же прямотою и смѣлостью, съ какой раньше онъ высказывался за. Оппонентъ закончилъ свою рѣчь чтеніемъ выдержки изъ послѣдняго изданія „Пособія къ лекціямъ по уголовному праву проф. Сергѣевскаго“: „Одинъ изъ противниковъ смертной казни, Гетцель,—говоритъ проф. Сергѣевскій—оканчиваетъ свое сочиненіе словами: „смертная казнь несправедлива и нецѣлесообразна, неразумна и безчеловѣчна, безнравственна и несовременна“. Другой, Газе, говоритъ: „наступитъ нѣкогда время, когда съ ужасомъ будутъ разсказывать о старомъ варварствѣ, которое видѣло едва ли не заслугу передъ Богомъ въ томъ, что законы проливали кровь людей и христіанъ“. Мы скажемъ: весь вопросъ здѣсь въ

„современности“ или „несовременности“,—другими словами, рѣшеніе вопроса о смертной казни зависитъ отъ народной этики. Для того, чтобы признать, что пролитіе крови человѣка, совершаемое по повелѣнію закона и предписанію суда, т.-е. смертная казнь, есть варварство, необходимо, чтобы люди сознали, что пролитіе крови ими самими, въ томъ числѣ и политическія убійства, есть варварство. А пока этого сознанія нѣтъ, нельзя требовать, чтобы государство безусловно отказалось отъ смертной казни. Мы можемъ произносить какія угодно красивыя рѣчи противъ смертной казни, но это будутъ однѣ ламентаціи, очень часто служащія лишь для показанія собственной добродѣтели авторовъ, а смертная казнь будетъ оставаться, и если законодатель, не справляясь съ состояніемъ народной этики, ее отмѣнитъ, то она возродится въ формѣ самосуда, суда Линча и т. п., или отмѣна ея принята будетъ за признакъ слабости государственной власти, что будетъ еще хуже“.

Г. Б. Сліозберъ привѣтствуетъ точку зрѣнія докладчика, какъ истинно-научную. Всѣ эти споры о своевременности или несвоевременности относятся къ области публицистики, а не науки. Политика, международная и внутренняя, не можетъ быть аморальной. Смертная казнь противорѣчитъ элементарнымъ началамъ нравственности, и она должна быть отмѣнена. Пусть сторонники смертной казни, утверждающіе, что актъ этотъ не вызываетъ еще достаточнаго возмущенія общественной совѣсти, рѣшатся открыто пожать руку палачу. Они этого не сдѣлаютъ, говоритъ Г. Б., и этимъ они доказываютъ всю фальшь и лицемѣріе своихъ утвержденій. Смертная казнь— не видъ наказанія. Это—и не мѣра предупрежденія. Это— способъ истребленія преступниковъ, и если способъ этотъ давно уже осужденъ наукой, то должна быть осуждена и смертная казнь.

О. О. Грузенбергъ замѣчаетъ, что, борьба съ палачемъ и тѣми, кто за него стоитъ, — старая борьба. Въ тотъ день, когда впервые была совершена смертная казнь, зародился противъ нея и протестъ, и уже съ этого дня беретъ начало теченіе, съ которымъ потомъ слились моральныя ученія, осуждающія казнь человѣка. Смертная казнь, это не только видъ истребленія преступниковъ, какъ здѣсь говорили. Это безконечно хуже. Пусть намъ не говорятъ, что это совершается государствомъ въ состояніи необходимой обороны. Это грубая

неправда: въ дѣяніи государства, всею силою своею, всею тяжестью наваливающагося на обезоруженнаго, беззащитнаго, закованнаго въ кандалы преступника, нѣтъ ни одного элемента необходимой обороны... И развѣ не ужасенъ самъ по себѣ тотъ фактъ, что свои доводы въ пользу права предавать смерти, государство,—сильная, мощная, идейная организація,—черпаетъ изъ того источника, который оно само считаетъ отравленнымъ ядомъ преступленія, беретъ у того міра, который оно же считаетъ отверженнымъ, беретъ у самихъ преступниковъ. Развѣ можно, хотя бы на одну минуту, ставить государство въ одинъ уровень, на одну доску съ преступникомъ?.. А между тѣмъ, это именно дѣлаютъ защитники смертной казни...

Подвергнувъ разбору доводы г. Боровитинова, О. О. Грузенбергъ показываетъ ихъ полнѣйшую неопредѣленность и воспроизводитъ передъ слушателями картину смерти Ивана Ильича у Толстого. Помните ли вы, господа,—говоритъ онъ,—эту картину медленнаго умиранія, этотъ таинственный и безысходный процессъ приближенія смерти къ больному, изо всѣхъ силъ отгоняющему страшный призракъ и громко и длительно стонущему: „не хочу-у!“... „не хочу-у-у!“... И если бы матери и жены, сестры и братья,—все то общество, которое вы такъ призываете, теперь молчитъ, если бы оно тысячами голосовъ крикнуло бы и застонало: „не хочу!..—то не было бы тогда ни плахъ, ни палачей, не было бы тогда и такихъ рѣчей—закончилъ О. О. Грузенбергъ, обратившись въ сторону М. М. Боровитинова,—какъ ваша!..

П. И. Люблинскій. Выслушанный нами докладъ В. Д. Набокова представляется крайне интереснымъ какъ попытка дать соціологическій очеркъ того, какими факторами опредѣляется общественное мнѣніе по вопросу о смертной казни, какъ отражается народная психологія въ современномъ законодательствѣ. Намъ любопытно было узнать, какую роль въ исторіи этого вопроса во Франціи сыграли пресса, судъ присяжныхъ, руководители партій, правительство. Интересно отмѣтить при этомъ и то—на этомъ докладчикъ не останавливался—какую роль сыграли при обсужденіи вопроса объ отмѣнѣ смертной казни во Франціи профессіональные криминалисты. Когда было поднято обсужденіе этого вопроса въ Société Générale des Prisons, то большинство высказывавшихся не рѣшалось выступать противъ смертной казни, а сыграло

какъ бы роль Пилата, умывъ свои руки, указавъ на возможность обѣихъ точекъ зрѣнія въ этомъ вопросѣ и скрывъ свое личное мнѣніе. Многіе изъ криминалистовъ, особенно практиковъ, высказывались даже за сохраненіе смертной казни, но всѣ они не могли указать какихъ-либо новыхъ аргументовъ для своего мнѣнія, кромѣ инстинктивнаго страха предъ ростомъ преступности. Вообще вся агитація въ пользу сохраненія смертной казни не породила въ рядахъ защитниковъ этой мѣры какого-либо воодушевленія; это было узко-эгоистическое отстаиваніе своихъ интересовъ, приправленное, для популярности въ широкихъ массахъ, небольшой дозой общественнаго интереса. Противники отмѣны обнаружили здѣсь свое полное безсиліе съ теоретической точки зрѣнія; аргументамъ прекрасно составленной объяснительной записки къ правительственному законопроекту они могли противопоставить только ссылку на инспирированное ими же общественное мнѣніе. Наиболѣе яркій защитникъ смертной казни Лакассань въ своей книгѣ повторяетъ избитые доводы; онъ признаетъ, впрочемъ, настоящее положеніе дѣлъ неудовлетворительнымъ и предлагаетъ реформу такого рода: гильотинированіе замѣнить повѣшеніемъ; отъ этого онъ ожидаетъ благодѣтельныхъ результатовъ. Отсутствіе какихъ-либо новыхъ аргументовъ у антиаболиціонистовъ свидѣтельствуетъ, что жизнь не даетъ почвы для развитія смертной казни и отнимаетъ даже имѣвшіяся ранѣе основанія.

Во время обсужденія настоящаго вопроса пренія наши были перенесены и на русскую дѣйствительность. Я считаю разсужденія объ этой послѣдней случайнымъ образомъ, по поводу другого вопроса, весьма нецѣлесообразными, къ тому же здѣсь не можетъ быть обезпечена свобода высказыванія въ той степени, какая была бы необходима для этого вопроса. Я скажу только нѣсколько словъ по поводу ссылки М. М. Боровитинова на мнѣніе Н. Д. Сергѣевскаго, какъ на образецъ измѣненія взглядовъ на смертную казнь подъ вліяніемъ государственной необходимости. Во взглядахъ проф. Сергѣевскаго слѣдуетъ имѣть въ виду перемѣну, наступившую въ послѣдніе годы его жизни. Въ своихъ болѣе раннихъ статьяхъ онъ находилъ, что между защитой смертной казни и защитой людодѣйства имѣется лишь относительная разница, въ послѣднемъ же изданіи своего учебника (1907 г.) онъ измѣняетъ этотъ свой

взглядъ; но такое измѣненіе произошло вовсе не вслѣдствіе признанія государственной необходимости, а вслѣдствіе опредѣленно-партійныхъ тенденцій. Припомнимъ, что къ этому же періоду относятся его памфлеты въ родѣ „Ѣшь меня собака“ и статьи, подобныя статьѣ о религіозныхъ преступленіяхъ, гдѣ находятъ себѣ апологію взгляды на защиту религіи государствомъ, характерные для начала XIX, а отнюдь не XX вѣка. Поэтому и ссылка М. М. Боровитинова на эволюцію взглядовъ проф. Сергѣевскаго еще не доказываетъ его мысли.

Оставляя въ сторонѣ условія русской жизни, я позволю однако себѣ высказаться по теоретическому вопросу о томъ, съ какой точки зрѣнія слѣдуетъ отстаивать недопустимость смертной казни. Можно быть противникомъ смертной казни по самымъ разнообразнымъ основаніямъ, каждое изъ которыхъ будетъ имѣть принципіальное значеніе для опредѣленнаго круга лицъ. Для религіознаго человѣка рѣшающимъ будетъ недопустимость смертной казни съ точки зрѣнія данной религіи, напр. христіанства; для моралиста или философа—недопустимость ея съ точки зрѣнія высшихъ принциповъ поведенія, которые онъ исповѣдуетъ; для судебнаго дѣятеля — нецѣлесообразность ея съ точки зрѣнія карательно-утилитарной, которой въ значительной степени придерживаются современныя криминалисты; возможно отстаивать недопустимость ея съ эстетической точки зрѣнія, разсматривая самое исполненіе смертной казни какъ отвратительное зрѣлище: этотъ взглядъ можно часто встрѣтить въ литературѣ. Но всѣ эти точки зрѣнія не обязательны для государства. Ни одна изъ нихъ не можетъ претендовать на то, чтобы государство приняло именно ее. Между тѣмъ когда говорятъ о необходимости отмѣны смертной казни и пытаются обосновать эту необходимость, имѣютъ въ виду обоснованіе ея именно для государства. Какимъ же путемъ правильно обосновать эту необходимость? Докладчикъ указываетъ на обязательность этической точки зрѣнія; Г. Б. Сліозбергъ отмѣтилъ, что эта точка зрѣнія должна быть государственно-этической. Но то и другое мнѣніе, правильно отмѣчая важность этическихъ принциповъ, не указываютъ, почему они обязательны для государства и въ какомъ отношеніи они должны стоять къ этическимъ воззрѣніямъ общества.

Мнѣ кажется возможнымъ обосновать эту обязательность, ставъ на точку зрѣнія политики, т.-е. установивъ, что только

слѣдуя этическимъ принципамъ современное государство можетъ согласно съ общею пользою осуществлять свою государственную дѣятельность. Это я и постараюсь сдѣлать въ самыхъ краткихъ чертахъ. Въ началѣ XIX вѣка государство разсматривалось только какъ организація, имѣющая своимъ предназначеніемъ охрану интересовъ, охрану существующаго права; это взглядъ на государство какъ на „ночного сторожа“ или état-gendarme, какъ его называютъ въ литературѣ. При такомъ взглядѣ смертная казнь являлась однимъ изъ средствъ охраны; противъ нея возражали только тѣмъ путемъ, что указывали, что она является весьма ненадежнымъ средствомъ защиты и технически мало пригоднымъ; отмѣна смертной казни требовалась съ точки зрѣнія чисто утилитарной, этическая сторона почти не затрагивалась. Необычайное развитіе государственныхъ функцій въ XIX вѣкѣ радикальнымъ образомъ измѣнило взглядъ на государство. Задачу его стали видѣть не столько въ охраненіи существующаго правопорядка, сколько въ разумномъ направленіи человѣческаго общества къ прогрессу и совершенствованію, и соотвѣтственно съ этимъ стали присвоивать ему рядъ воспитательныхъ задачъ. Чтобы выполнять эту миссію, государство должно стоять на извѣстномъ этическомъ уровнѣ. Оно не можетъ быть тѣмъ разбойничьимъ государствомъ, какимъ было въ средніе вѣка, а должно стать государствомъ-покровителемъ. Во всей своей организаціи такое государство расчитываетъ на высокій типъ мотиваціи среди гражданъ. Оно устраняетъ устрашающее начало изъ сферы репрессіи, создаетъ рядъ правовыхъ нормъ, лишенныхъ санкцій, создаетъ рядъ правъ и обязанностей, формулируемыхъ самымъ общимъ образомъ и расчитанныхъ на добросовѣстное исполненіе, оно вводитъ новые институты, могущіе развиваться только при высокой этической психикѣ. Отсюда интересъ поддержанія высокаго уровня этической психики общества становится однимъ изъ существеннѣйшихъ интересовъ, обезпечивающихъ правильную дѣятельность и порядокъ въ сложныхъ отношеніяхъ современнаго государства, недопускающихъ порою принужденія. Развращая эту психику, государство подрываетъ корни, на которыхъ оно само держится. Если взглянуть съ такой точки зрѣнія на примѣненіе смертной казни, то нельзя не признать его самымъ сильнымъ ядомъ для этической психики. Государству необходимо святое уваженіе къ человѣческой жизни, а

оно само подастъ примѣръ нарушенія его ради какихъ-либо интересовъ; широкое примѣненіе смертной казни способно вызвать такое психическое огрубѣніе общественной жизни, на почвѣ котораго произойдетъ рѣзкое правовое вырожденіе, какъ это можно видѣть хотя бы въ настоящее время въ Россіи; государство теряетъ свой этическій авторитетъ въ глазахъ милліоновъ гражданъ, признающихъ смертную казнь этически недопустимой, и этотъ элементъ теряется въ отношеніяхъ къ нему со стороны гражданъ: начинается гніеніе государственной машины; вмѣсто общественной пользы дѣятельностью администраціи начинаютъ руководить личные интересы; происходятъ растраты, злоупотребленія и пр. Мы не сомнѣваемся ни на минуту, поэтому, признать, что примѣненіе смертной казни въ настоящее время въ культурномъ государствѣ создаетъ отраву для народной психики и разрушаетъ высшій типъ государства и что аргументировать противъ смертной казни можно только путемъ указанія на несогласованнность примѣненія ея съ общимъ этическимъ уровнемъ государственной дѣятельности. Эта точка зрѣнія, правда, дѣлаетъ довольно затруднительной проповѣдь отмѣны смертной казни для варварскаго государства, но она согласна съ исторіей и политикой.

М. М. Боровитиновъ указалъ, что примѣненіе смертной казни необходимо въ моменты слабости государства, что она мѣра крайней необходимости въ борьбѣ съ преступниками, представляющими государственную опасность. Дѣйствительно, примѣненіе смертной казни это какъ бы демонстрація силы. Государство какъ бы осуществляетъ здѣсь высшую и сильнѣйшую форму принужденія, которой оно обладаетъ. Но эта демонстрація физической силы есть вмѣстѣ съ тѣмъ еще болѣе яркая демонстрація моральной слабости. Современные защитники смертной казни защищаютъ ее не какъ наказаніе, а какъ мѣру общей политики: смертная казнь нужна не для обезвреживанія даннаго лица, а для общаго устрашенія и для демонстрированія грозности государства. Но даже если признать эту мѣру вызываемой крайней необходимостью, все же мы еще не даемъ оправданія смертной казни: мы лишь переносимъ оцѣнку необходимости ея на оцѣнку тѣхъ благъ, въ защиту которыхъ она примѣняется. Смертная же казнь, какъ мѣра общей политики, примѣняется на защиту данныхъ конкретныхъ благъ, даннаго конкретнаго правопорядка, который

далеко не всегда бываетъ такъ совершененъ, чтобы требовать защиты его всѣми средствами вплоть до жертвоприношенія человѣческой жизнью. Какъ показываетъ исторія, смертная казнь въ области политическихъ преступленій примѣняется для защиты консерватизма, для спасенія старины отъ грозящихъ ей новыхъ прогрессивныхъ теченій, и потому тѣ начала, ради которыхъ она примѣняется, являются не только не абсолютно-цѣнными, а порою отрицательными цѣнностями. Это слѣдуетъ помнить, когда говорятъ, что смертная казнь есть мѣра необходимой обороны или мѣра крайности. Но помимо того можно сомнѣваться, насколько даже ослабѣвшее отъ внутреннихъ раздоровъ государство дѣйствительно можетъ ссылаться здѣсь на крайнюю необходимость, будучи противопоставлено со всѣмъ своимъ арсеналомъ принудительной силы отдѣльному преступнику или даже отдѣльному теченію, носящему антиобщественный характеръ. Указаніе на слабость государства, какъ на источникъ примѣненія смертной казни даетъ лишь психологическое объясненіе примѣненія ея, но не служитъ падлежащимъ ея обоснованіемъ.

Указываютъ на то, что въ современной жизни существуютъ различныя формы пролитія крови, не вызывающія такого протеста, какъ смертная казнь, въ особенности отмѣчаютъ ту мысль, что смертная казнь должна сохраняться пока будутъ совершаться убійства: пусть въ дѣлѣ отмѣны смертной казни начнутъ сначала гг. убійцы. По этому поводу намъ приходитъ на память любопытный отрывокъ, встрѣтившійся намъ въ книгѣ, относящейся къ серединѣ XVI вѣка. Въ немъ дословно приводится діалогъ между англійскими судьями съ одной стороны и убійцами и ворами съ другой. Преступники обращаются къ судьямъ съ просьбой объ отмѣнѣ смертной казни, какъ варварской мѣры; на эту просьбу судьи предлагаютъ имъ сначала отмѣнить убійства, грабежи и пр. Въ своей репликѣ преступники заявляютъ, что такая отмѣна преступленій зависитъ не отъ нихъ, ибо преступность—плодъ общественныхъ условій; судьи, поставленные въ затруднительное положеніе, отговариваются тѣмъ, что и не они установили смертную казнь и, конечно, не станутъ ее отмѣнять ради удовольствія преступниковъ. Мы видимъ, что уже въ эту эпоху массового примѣненія смертной казни искали основаній ея не только въ традиціи; здѣсь ясно указывается, насколько

искусственно сравнивать эту примѣняемую по сознательной волѣ государства мѣру съ порожденіемъ общественной болѣзни—преступностью. Споръ о томъ, кто долженъ начать—государство или преступники—возможенъ тогда, когда оба стоятъ на одинаковомъ этическомъ уровнѣ. Но едва ли слѣдуетъ рекомендовать государству приблизиться къ уровню морали, господствующей въ низшихъ слояхъ преступнаго класса.

Я не могу достаточно подробно развить свою мысль о томъ, что всякія аналогіи между дѣятельностью государства и другихъ лицъ недопустимы, ибо вопросъ идетъ не о томъ, чтобы найти извиненіе, а о томъ, чтобы обосновать необходимость извѣстной мѣры, и здѣсь ссылка на то, что такъ поступаютъ другіе, совершенно неумѣстна.

Я кончаю свои замѣчанія; въ заключеніе—только нѣсколько словъ объ эволюціи, наблюдаемой въ государствахъ Европы въ настоящее время при примѣненіи смертной казни. В. Д. Набоковъ отмѣтилъ въ своемъ докладѣ ту медленность, съ какою происходитъ отмѣна смертной казни въ законодательствахъ. Но отсюда еще не слѣдуетъ дѣлать пессимистическихъ выводовъ. Отмѣна смертной казни происходитъ не путемъ измѣненія буквы закона, а путемъ вымиранія ея на практикѣ подъ вліяніемъ все бо̀льшаго и бо̀льшаго увеличенія тѣхъ факторовъ, которые препятствуютъ ея примѣненію. Мы знаемъ, что въ Бельгіи, Даніи, Швейцаріи и за послѣднее время во Франціи случаевъ примѣненія смертной казни нѣтъ. Это объясняется тѣмъ, что она назначается не въ порядкѣ нормальнаго наказанія, а подъ воздѣйствіемъ многихъ привступающихъ факторовъ: если совѣсть присяжныхъ и коронныхъ судей не предупредила назначенія ея въ приговорѣ, она можетъ быть пріостановлена вліяніемъ общества, правительства, верховной власти, т.-е. сложной комбинаціей факторовъ, опредѣляющихъ ходъ политической жизни. Если общественное вліяніе на политическую жизнь сильно и если общество прониклось необходимостью отмѣны смертной казни, то фактически смертная казнь должна вымереть. Такое вымираніе ея и происходитъ медленно повсюду и главнымъ образомъ потому, что общество убѣждается, что „гильотина не можетъ служить высшимъ аргументомъ въ рукахъ государства“, что современный государственный строй не можетъ покоиться на чьемъ бы то ни было уничтоженіи.

Выступившій затѣмъ *І. В. Гессенъ* находитъ, что на М. М. Боровитинова напрасно такъ обрушились. Онъ взялъ на себя обязанность advocatus diaboli и гораздо убѣдительнѣе своихъ оппонентовъ доказалъ необходимость отмѣны смертной казни. По словамъ г. Боровитинова, противника смертной казни, смертная казнь можетъ быть отмѣнена лишь тогда, когда власть чувствуетъ себя достаточно сильной, и не можетъ быть отмѣнена тамъ, гдѣ авторитетъ власти, по его мнѣнію, подорванъ и не можетъ обойтись безъ чрезвычайной мѣры. Но, вѣдь, до сихъ поръ мы слышали отъ представителей правительства заявленія о своей силѣ. Во 2-ой Государственной Думѣ представитель власти, громко заявилъ намъ съ трибуны: „Не запугасте". Мы заключили изъ этого заявленія, что власть чувствуетъ себя и авторитетно сильной. О непоколебимой силѣ власти правительства не меньше говорятъ его представители и въ 3-й Государственной Думѣ. Поэтому, если М. М. Боровитиновъ, самъ представитель власти, говоритъ, что смертная казнь не можетъ быть отмѣнена, такъ какъ правительство чувствуетъ себя слабымъ, то значитъ, либо онъ хочетъ сказать правительству, что оно лицемѣритъ, когда говоритъ о своей силѣ, либо онъ напоминаетъ ему, что оно должно немедленно отмѣнить смертную казнь, чтобы не дискредитировать авторитета власти. Замѣтимъ еще, что если смертная казнь, вообще, знаменуетъ, по убѣжденіямъ М. М., слабость власти, то нельзя не сказать, что тѣ размѣры, въ которыхъ она у насъ примѣняется, свидѣтельствуютъ уже не только о слабости власти, но и полномъ ея безсиліи.

Весьма цѣнно также указаніе М. М., что смертная казнь должна быть отмѣнена, когда противъ нея громко возмущается общественное чувство, которое у насъ относится весьма равнодушно къ пролитію крови. Эти указанія совершенно справедливы и обстоятельства эти составляютъ проклятіе нашей родины. Мы до того загрубѣли, что сейчасъ, напр., отъ г. Боровитинова слышали, что каторга, съ которой въ нашемъ представленіи связываются такіе ужасы, ничего устрашающаго не имѣетъ. Очевидно, слѣдуетъ принять самыя рѣшительныя мѣры, и г. Боровитиновъ несомнѣнно хотѣлъ своимъ указаніемъ выяснить, что государство, во всякомъ случаѣ, не имѣетъ права пріучать гражданъ къ пролитію крови.

Одну логическую ошибку допустилъ г. Боровитиновъ и,

думаю, сдѣлалъ онъ это, чтобы лучше скрыть свою роль advocatus diaboli. Онъ думаетъ, что отмѣна смертной казни свидѣтельствовала бы о слабости власти. Но если пользованіе ею о томъ свидѣтельствуетъ, то, очевидно,—отмѣна доказывала бы сознаніе своей силы.

Попросившій вторично слова *М. М. Боровитиновъ* заявилъ, что онъ будетъ въ возраженіяхъ своихъ очень кратокъ, такъ какъ хотя всѣ говорившіе послѣ него оппонировали не докладчику, а ему, однако, собственно возраженій ему пришлось услышать не особенно много. Несмотря на всѣ старанія Г. Б. Сліозберга, ему едва ли удастся убѣдить кого-либо въ юридическомъ обществѣ, что смертная казнь не есть видъ наказанія. Это—попытка совершенно безнадежная. Смертная казнь является несомнѣнно однимъ изъ видовъ наказанія и не только въ положительномъ правѣ, по точному смыслу опредѣленій уголовнаго кодекса, но равнымъ образомъ и въ теоріи, если исходить, конечно, изъ общепризнаннаго гроціевскаго опредѣленія наказанія: „malum passionis, quod infligitur propter malum actionis“. Далѣе, если оппонентъ правильно понялъ П. И. Люблинскаго, послѣдній своею рѣчью стремился доказать, что смертная казнь въ особенности недопустима для охраны благъ, имѣющихъ не абсолютную, а относительную цѣнность. Оппонентъ не можетъ считать это доводомъ, колеблющимъ высказанныя имъ соображенія, такъ какъ вопроса о томъ, какія преступленія должны караться смертною казнью, оппонентъ въ рѣчи своей вообще не касался, если же онъ признавалъ правильнымъ примѣненіе смертной казни за убійства должностныхъ лицъ, то вѣдь и П. И. Люблинскій, очевидно, не будетъ отрицать, что жизнь должностныхъ лицъ и ея охрана принадлежатъ къ благамъ абсолютной цѣнности.

Возраженія І. В. Гессена основаны на рядѣ недоразумѣній. Прежде всего І. В. поступаетъ неправильно, сопоставляя заявленія его, М. М. Боровитинова, съ тѣми заявленіями, которыя дѣлались представителями правительства во 2-ой Государственной Думѣ, съ цѣлью установить якобы существующее между ними противорѣчіе. Само собою разумѣется, что онъ, оппонентъ, выступаетъ въ юридическомъ обществѣ не въ качествѣ представителя власти, а въ качествѣ члена юридическаго общества, и считаетъ себя въ правѣ говорить по вопросу о смертной казни не потому, что онъ помощникъ На-

чальника Главнаго Тюремнаго Управленія, а потому, что онъ вмѣстѣ съ тѣмъ преподаватель уголовнаго права. Изъ словъ его о томъ, что государственная власть не можетъ согласиться на отмѣну смертной казни въ то время, когда въ странѣ происходитъ революціонное броженіе, едва ли можно дѣлать выводъ, что онъ, оппонентъ, считаетъ существующую въ Россіи государственную власть слабою. Въ обсужденіе вопроса о томъ, насколько сильна въ настоящее время государственная власть въ Россіи, оппонентъ не входилъ, если же угодно знать его мнѣніе по этому вопросу, то онъ лично глубоко убѣжденъ въ томъ, что существующая власть достаточно сильна, чтобы справиться съ антигосударственными элементами и водворить спокойствіе и порядокъ въ странѣ. Это нисколько не противорѣчитъ, однако, высказанному имъ ранѣе положенію, что въ періодъ революціонной смуты авторитетъ государственной власти колеблется и для охраны правопорядка ей приходится прибѣгать къ такимъ мѣрамъ, отъ которыхъ въ спокойное время она можетъ отказаться. Въ разгаръ революціи нельзя обезоруживать государственную власть. Напрасно, далѣе, видитъ І. В. Гессенъ логическую ошибку въ утвержденіи, наряду съ этимъ, что отмѣна смертной казни свидѣтельствовала бы о слабости власти. Хотя послѣднее утвержденіе принадлежитъ не ему, оппоненту, а проф. Сергѣевскому, слова котораго онъ привелъ дословно, тѣмъ не менѣе оппонентъ готовъ это положеніе защищать. Несомнѣнно, что еслибы правительство въ 1906 году, уступая давленію враждебныхъ ему политическихъ партій и нѣкоторой части общества и печати, согласилось на отмѣну смертной казни, то этимъ оно обнаружило бы не силу, а слабость власти, и масса не могла бы иначе истолковать этотъ шагъ. Оппоненту указывалось на то, что законодатель долженъ прислушиваться не къ голосу массы, а къ мнѣнію лучшей части общества, что онъ не можетъ идти за толпой, а долженъ вести ее за собой. Это совершенно вѣрно, но чтобы толпа слѣдовала за путеводителемъ, надо помнить, что путеводитель не долженъ уходить отъ толпы слишкомъ далеко. Этическіе взгляды общества не находятся всецѣло во власти законодателя. Они зависятъ отъ многихъ условій и среди этихъ условій законъ занимаетъ даже не первое мѣсто.

Въ заключеніе оппонентъ остановился на рѣчи О. О. Гру-

зенберга. Признавая ее блестяще произнесенной, хотя и расчитанной, повидимому, на иную аудиторію, не на аудиторію юридическаго общества, оппонентъ замѣтилъ, что онъ затрудняется что-либо сказать по существу ея, такъ какъ, прослушавъ ее съ большимъ вниманіемъ, онъ не уловилъ въ ней ни одного юридическаго положенія. Оппонентъ долженъ возразить только противъ начала рѣчи и ея конца. О. О. Грузенбергъ началъ съ утвержденія, что борьба со смертною казнью ведется съ того дня, когда была совершена первая казнь. Это безусловно невѣрно. Если О. О. угодно будетъ заглянуть въ исторію уголовнаго права, то онъ увидитъ, что потребовалось много вѣковъ культурной работы человѣчества, прежде чѣмъ противъ смертной казни раздался первый протестъ. Окончилъ О. О. Грузенбергъ свою рѣчь заявленіемъ по адресу оппонента, что еслибы русское общество съ надлежащею энергіею возстало противъ смертной казни, то онъ, М. М. Боровитиновъ, „не посмѣлъ бы“ выступить на ея защиту. Такого рода заявленіе едва ли соотвѣтствуетъ достоинству научнаго общества, въ стѣнахъ котораго оно произнесено. Наука свободна и голосъ ея не долженъ непремѣнно приспособляться къ господствующему въ данное время въ обществѣ теченію. Во всякомъ случаѣ, что касается лично его, оппонента, то онъ позволитъ себѣ завѣрить, что онъ нашелъ бы въ себѣ, вѣроятно, достаточно смѣлости, чтобы защищать научныя положенія, которыя представляются ему правильными, хотя бы ему предстояло остаться при этомъ одинокимъ въ аудиторіи не въ нѣсколько десятковъ человѣкъ, а значительно болѣе многолюдной.

Вторично возражавшій М. М. Боровитинову *О. О. Грузенбергъ* указалъ, что „научные“ доводы противъ смертной казни давнымъ давно извѣстны изъ учебниковъ: Сергѣевскаго, Кистяковскаго и Таганцева... Но г. Боровитиновъ зоветъ насъ на затоптанныя тропинки схоластической науки, зоветъ для безплодныхъ споровъ объ избитыхъ доводахъ за и противъ, казни, а тѣмъ временемъ будетъ продолжаться удушеніе людей, будетъ продолжаться литься человѣческая кровь... М. М. Боровитиновъ защищаетъ абсолютную цѣнность—человѣческую жизнь—и защищаетъ ее... приговоромъ объ отнятіи этой абсолютной цѣнности. Какого же наказанія, въ такомъ случаѣ, заслуживаетъ тотъ, кто выноситъ такой приговоръ? Къ счастью, наука еще не вся въ плѣну у власть имущихъ. Истинная

наука человѣчна—и она не стыдится идти въ толпу и звать ее съ собой на стойкую защиту человѣческой жизни!.. Мы рады были бы, мы были бы счастливы, если бы то пламя, что сжигаетъ насъ, искреннихъ противниковъ смертной казни, охватило бы все общество. И если это призывъ, то мы его дѣлаемъ!.."

По случаю отложенія преній до слѣдующаго засѣданія *В. Д. Набоковъ* ограничился лишь короткимъ заключительнымъ словомъ. Прежде всего, онъ замѣтилъ, что его не смущаетъ упрекъ въ томъ, будто онъ разсматриваетъ смертную казнь „внѣ времени и пространства". Онъ поставилъ вопросъ на этическую почву, и полагаетъ, что существуютъ такія заповѣди этики, сила которыхъ не зависитъ отъ времени и пространства. Двѣ тысячи лѣтъ тому назадъ такія заповѣди были провозглашены въ полудикой странѣ, когда вся цивилизація сосредоточилась въ языческихъ странахъ Греціи и Рима. Отмѣтивъ затѣмъ страстный характеръ преній, В. Д. Набоковъ приписалъ его тому обстоятельству, что М. М. Боровитиновъ поставилъ вопросъ въ примѣненіи къ Россіи и сопоставилъ смертную казнь съ политическими преступленіями. Къ сожалѣнію, въ этомъ спорѣ противники Боровитинова не могутъ пользоваться той свободой доказыванія „научныхъ" мнѣній, на которую могъ претендовать докладчикъ. Касаясь основной мысли оппонента, докладчикъ указалъ, что она признаетъ эшафотъ опорой государственной силы. Государственная мощь, основанная на эшафотѣ,—это та мысль, которая, выраженная конкретно, привела въ прошломъ году къ устраненію Родичева изъ Думы.

Заключительное слово было покрыто апплодисментами.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

27-го декабря 1908 г.

Предсѣдательствовалъ В. Д. Набоковъ.

Предметъ занятій: докладъ профессора Томскаго университета *І. А. Малиновскаго* на тему: „Кровная месть и смертная казнь".

Открывая засѣданіе, предсѣдатель отъ имени собранія привѣтствовалъ докладчика, какъ представителя окраиннаго

университета, связаннаго съ С.-Петербургскимъ университетомъ и состоящимъ при немъ Юридическимъ Обществомъ единствомъ культурныхъ задачъ и научныхъ интересовъ.

Затѣмъ докладчикъ въ вступительномъ словѣ къ докладу объяснилъ, что въ качествѣ историка права его интересуетъ, главнымъ образомъ, одна сторона ужаснаго зла, именуемаго смертными казнями, именно: историческія основы этого явленія. Результатомъ работы докладчика въ этой области въ теченіе послѣднихъ двухъ лѣтъ явилось его изслѣдованіе, первый выпускъ котораго уже напечатанъ и на дняхъ поступитъ въ обращеніе. Настоящій докладъ представляетъ извлеченіе изъ названнаго изслѣдованія.

Содержаніе прочитаннаго затѣмъ доклада сводится къ слѣдующему:

Въ древности не было смертной казни въ современномъ смыслѣ этого слова, т.-е. въ смыслѣ наказанія, налагаемаго по волѣ государства. Была месть, т.-е. возмездіе, воздаяніе злomъ за зло, совершаемое руками частнаго лица,—потерпѣвшаго. Месть выражалась въ формѣ разнообразныхъ посягательствъ на обидчика, въ частности въ формѣ лишенія его жизни. Послѣдняя форма мести, кровавая месть, и есть прообразъ смертной казни.

Месть—проявленіе животнаго инстинкта злобы и мстительности. Этотъ инстинктъ присущъ и животнымъ. И животныя мстятъ за обиду. Въ „Жизни животныхъ“ Брэма сообщаются многочисленные факты, подтверждающіе это положеніе. Первобытный дикарь похожъ на животное; онъ не въ состояніи владѣть своими чувствами; онъ подчиняется инстинкту мстительности и мститъ за обиду; мститъ различнымъ образомъ; чаще всего, подобно животному, онъ бросается на своего врага и убиваетъ его.

По мѣрѣ повторенія отдѣльныхъ случаевъ мести постепенно складывалось убѣжденіе о томъ, что мстить можно и должно. Фактъ мести превращается въ право и обязанность мести. На этой стадіи своего развитія намъ извѣстна месть и изъ древнѣйшихъ памятниковъ права культурныхъ народовъ и изъ памятниковъ обычнаго права современныхъ некультурныхъ народовъ. Месть — не дикій животный инстинктъ, это—право, санкціонированное юридическими нормами, и вмѣстѣ съ тѣмъ нравственный долгъ, религіозная обязанность (ибо въ древности право, нравственность и религія не обособляются). По воззрѣніямъ древняго человѣка, обиженный дол-

женъ отомстить, а обидчикъ долженъ понести возмездіе за свою вину, исполненіе мести—славный, доблестный подвигъ, а уклоненіе отъ нея—позорный поступокъ. Вслѣдствіе такихъ воззрѣній первобытный человѣкъ неукоснительно соблюдалъ обычай кровавой мести. И несомнѣнно, что въ древности случаи убійства въ отмщеніе имѣли мѣсто гораздо чаще, нежели новые случаи убійства во исполненіе судебнаго приговора, и что періодъ господства обычая кровавой мести есть время максимума смертныхъ казней.

Большое распространеніе убійствъ въ отмщеніе обусловлено было также чрезвычайно широкимъ кругомъ тѣхъ, которые мстили, и тѣхъ, кому мстили. 1) Мстителями выступали не только оскорбленные, но и ихъ родственники—ближайшіе и отдаленные, а также и другія лица, находившіяся въ тѣхъ или иныхъ отношеніяхъ съ оскорбленными. 2) Принципъ индивидуальности отвѣтственности не сознавался: месть падала на виновнаго, падала и на невинныхъ, но связанныхъ тѣми или иными узами съ виновнымъ,—на жену, дѣтей, родственниковъ, соплеменниковъ. 3) Не сознавались или сознавались неясно условія вмѣненія, а потому мести подвергались тѣ, которые совершили извѣстное дѣяніе, безотносительно къ ихъ виновности. 4) Месть съ точки зрѣнія ея жертвы считалась обидой, она вызывала вражду къ мстителю и требовала возмездія, вслѣдствіе этого за однимъ актомъ мести слѣдовалъ рядъ такихъ же актовъ: месть переходила изъ поколѣнія въ поколѣніе.

Убійство человѣка влекло за собою кровавую месть: убійца долженъ быть убитъ и кровью своею заплатить за кровь убитаго. Таково старинное воззрѣніе. А такъ какъ во времена первобытной дикости жизнь и, вообще, личность человѣческая цѣнилась слишкомъ низко и убійства были явленіемъ частымъ, то, слѣдовательно, частымъ явленіемъ была и кровавая месть за убійство. Но кровавая месть вызывалась и другими преступленіями—значительными и незначительными. Эта безграничная щедрость примѣненія убійствъ въ отмщеніе за самыя разнообразныя обиды тоже указываетъ на то, что эпоха господства кровавой мести есть время максимума смертныхъ казней.

Періодъ господства кровавой мести есть не только время наибольшаго распространенія смертныхъ казней (убійства въ отмщеніе). Это вмѣстѣ съ тѣмъ время наибольшей жестокости при совершеніи казней. Не законодатель придумалъ различныя формы простой и квалифицированной смертной казни. Законодатель санкціонировалъ закономъ то, что́ раньше допускалось обычаемъ. Самъ

народъ, творецъ обычая, побуждаемый чувствомъ злобной ненависти, придумалъ разнообразныя жестокія формы убійства въ отмщеніе. „Жестокосердые“ и „жестоковыйные“ евреи, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ Библія, мстя врагамъ, вѣшали ихъ, сжигали живыми, четвертовали. Самъ Іегова, Богъ-Мститель, угрожаетъ нарушителямъ своихъ законовъ такою страшною местью, о которой „кто услышитъ, зазвенитъ въ обоихъ ушахъ у того“. Въ русскихъ лѣтописяхъ, былинахъ, легендахъ и сказкахъ кровавая месть совершается посредствомъ отсѣченія головы, повѣшенія, разстрѣлянія, утопленія, сожиганія, четвертованія, закопанія въ землю, разорванія лошадьми, посаженія въ бочку, оставленія на голодную смерть и т. д., и т. д.

Кровавая месть не ограничивалась лишеніемъ жизни обидчика или близкихъ ему людей. Мститель уничтожаетъ или захватываетъ имущество обидчика, обращаетъ въ рабство близкихъ ему людей. Въ этомъ можно видѣть зародышъ явленій будущаго, когда конфискація имущества была необходимымъ результатомъ преданія преступника смертной казни и когда его семья подвергалась той или иной отвѣтственности.

Таковы характеристическія черты этого господства кровавой мести. Соединимъ эти отдѣльныя черты въ одно цѣлое. Передъ нами чрезвычайно мрачная картина: картина постоянныхъ жестокихъ внутреннихъ войнъ—bellum omnium contra omnes. Во времена этихъ войнъ люди жили въ состояніи безпрестаннаго страха за жизнь, здоровье, свободу и имущество, въ состояніи полной необезпеченности личной и имущественной безопасности, въ состояніи вѣчнаго самоуправства, насилія, произвола. Такое состояніе не могло оставаться неизмѣннымъ, ибо оно подрывало коренныя условія общежитія. Нуженъ былъ выходъ изъ этого состоянія. Единственный возможный выходъ—ограниченіе обычая кровавой мести сначала и полная отмѣна его потомъ. Выходъ этотъ не сразу былъ найденъ.

Обычай кровавой мести находится въ полномъ соотвѣтствіи со всѣми условіями жизни дикаря. Онъ долженъ былъ существовать и во всей строгости примѣняться до тѣхъ поръ, пока оставались въ силѣ породившія его условія жизни. Онъ долженъ былъ исчезнуть тогда, когда измѣнились условія жизни. Медленно и постепенно измѣнялись условія жизни, медленно и постепенно вымиралъ обычай кровавой мести.

Постепенно суживается кругъ тѣхъ обидъ, за которыя можно

мстить смертью, по мѣрѣ того, какъ сознается идея соотвѣтствія между карой и родомъ обиды. Въ грубой формѣ эта идея выражена въ Моисеевомъ законодательствѣ: „если будетъ вредъ, то отдай душу за душу, глазъ за глазъ, зубъ за зубъ, руку за руку, ногу за ногу, обожженіе за обожженіе, рану за рану, ушибъ за ушибъ“. Согласно этому принципу кровавая месть, месть смертью могла падать только на убійцу. Къ убійству приравниваются по своей тяжести нѣкоторыя другія важнѣйшія преступленія, напр., прелюбодѣяніе.

Кругъ лицъ, подлежащихъ мести, былъ чрезвычайно широкъ въ древности. Съ теченіемъ времени означаются условія вмѣняемости, сознается и принципъ индивидуальности наказанія. Вмѣстѣ съ этимъ постепенно суживается кругъ тѣхъ лицъ, которымъ можно мстить.

Въ древности месть не была ограничена никакимъ срокомъ; никакая давность не прекращала для мстителя его права и обязанности мстить и не давала гарантіи безопасности отъ мести обидчику. Съ теченіемъ времени эта безсрочность мести отпадаетъ. Появляются обычаи, допускающіе месть только въ теченіе или послѣ опредѣленнаго срока.

Права мстителя ограничиваются не только во времени, но и въ пространствѣ. У разныхъ народовъ появляются мѣста убѣжищъ; въ этихъ мѣстахъ месть запрещена, а потому сюда и скрываются тѣ лица, которымъ месть угрожаетъ.

Мстили въ древности чужимъ, т.-е. членамъ другого рода, и не мстили своимъ, т.-е. родичамъ. По мѣрѣ разрушенія родового быта начинаютъ практиковаться отдѣльные случаи пощады обидчика, принадлежащаго къ чужому роду. Эту новость нужно было согласовать со старинными понятіями о необходимости мести за обиду, причиненную чужимъ. Создается фикція родства между мстителемъ и обидчикомъ; вслѣдствіе такой фикціи обидчикъ переставалъ быть чужимъ, считался своимъ и избѣгалъ мести.

Весьма рѣшительное вліяніе на вымираніе мести оказала система денежныхъ выкуповъ. Въ исключительныхъ случаяхъ, напримѣръ, когда обидчикъ убѣгалъ, мститель отказывался отъ личной мести и ограничивался полученіемъ выкупа. Такіе случаи съ теченіемъ времени повторялись чаще и чаще и сдѣлались обычнымъ явленіемъ: месть постепенно замѣнялась выкупами. Законодатель санкціонируетъ этотъ новый обычай выкуповъ: издаются законы, запрещающіе прибѣгать къ мести и предписывающіе получать выкупы.

Обычай кровавой мести чрезвычайно живучъ. Онъ сохраняется и тогда, когда появились денежные выкупы, и тогда, когда изданы были законы объ его отмѣнѣ, и тогда, когда появились государственные суды. Въ государствѣ суду поручена борьба съ преступленіями, наказаніе преступниковъ. Но выполненіе этой задачи не сразу становится исключительной монополіей суда. Частный самосудъ нѣкоторое время уживается съ государственнымъ судомъ, а частная месть постепенно переходитъ въ уголовныя наказанія. Можно уловить отдѣльныя стадіи этого процесса перехода мести въ уголовныя наказанія. Въ древности дѣло расправы съ обидчикомъ всецѣло находилось въ рукахъ частнаго мстителя. Позже постепенно судъ вмѣшивается въ это дѣло, Мститель заявляетъ суду о совершившемся актѣ мести; судъ, получивъ такое заявленіе, какъ бы санкціонируетъ уже осуществленную месть, признаетъ ее правильной и освобождаетъ мстителя отъ отвѣтственности. Позже мститель заявляетъ суду о нанесенной ему обидѣ и о предполагаемой мести и проситъ оказать помощь въ мести. Еще позже мститель заявляетъ суду объ обидѣ, проситъ разрѣшенія отомстить и мститъ, получивъ такое разрѣшеніе; судъ постановляетъ смертный приговоръ, а мститель приводитъ его въ исполненіе, убиваетъ обидчика: такая расправа съ обидчикомъ—отчасти месть, ибо совершается руками частнаго лица, отчасти смертная казнь въ современномъ смыслѣ слова, ибо совершается по волѣ государства. Наконецъ, частное лицо совершенно отстраняется отъ дѣла расправы съ преступникомъ: судъ постановляетъ приговоры, органы государственной власти приводятъ ихъ въ исполненіе. При этомъ судъ постановляетъ смертные приговоры въ тѣхъ случаяхъ, когда частный мститель убивалъ обидчика. Такимъ образомъ, кровавая месть переходитъ въ смертную казнь.

Кровавая месть зародилась въ условіяхъ родового быта. Она вымираетъ по мѣрѣ разрушенія этого быта и по мѣрѣ перехода человѣчества къ высшимъ формамъ общежитія. Въ условіяхъ быта государственнаго самоуправство и кровавая месть неумѣстны. Государство, по словамъ русскаго покойнаго государствовѣда пр. Коркунова, является въ человѣческомъ обществѣ какъ бы монополистомъ принужденія. Для охраны своихъ правъ, для защиты себя отъ насилія, человѣкъ, живущій въ государствѣ, долженъ обращаться къ содѣйствію органовъ государственной власти, а не къ личному принужденію.

Такъ должно быть. Но не такъ всегда бывало и бываетъ.

Государственная власть становится на сторону меньшинства, угнетающаго и эксплоатирующаго большинство населенія. Большинство тщетно обращается къ государственной власти за защитой своихъ правъ, долго терпитъ гнетъ и притѣсненія, а, когда терпѣть становится не подъ силу, обращается къ тому средству, какое указываетъ человѣческая природа: мститъ своимъ угнетателямъ и притѣснителямъ. Тогда возрождаются старинныя традиціи кровавой мести. Какъ на примѣры возрожденія кровавой мести въ исторіи западно-европейскихъ народовъ, можно указать на народныя волненія—жакерію во Франціи, возстаніе Іоанна Таейлера въ Англіи, крестьянскую войну 1525 г. въ Германіи. Во время этихъ возстаній народъ жестоко мстилъ своимъ угнетателямъ и притѣснителямъ: казнилъ жестокими смертями рыцарей, сжигалъ и уничтожалъ ихъ замки. Но волненія рано или поздно подавлялись. Сильное меньшинство одерживало побѣду и, въ свою очередь, мстило побѣжденному врагу: участниковъ возстанія вѣшали, четвертовали, сажали на колъ, сжигали цѣлыя деревни и т. д. Обида вызывала месть; месть порождала возмездіе.

Массовыя смертныя казни—необходимый спутникъ народныхъ волненій, характерная черта моментовъ возрожденія кровавой мести. Казни являются не простымъ фактомъ; онѣ возводятся въ систему, получаютъ юридическую санкцію. Въ моменты возрожденія кровавой мести издаются продиктованные злобнымъ чувствомъ мстительности уголовные законы, угрожающіе жестокой смертной казнью за разнообразныя нарушенія велѣній государственной власти. Знаменитая Каролина угрожала смертною казнью за 44 преступленія; во Франціи до-революціоннаго періода насчитывалось до 115 преступленій, караемыхъ смертью; въ Англіи еще въ концѣ XVIII в. было около 160 такихъ преступленій. Въ числѣ этихъ преступленій, обложенныхъ смертною казнью, сплошь и рядомъ встрѣчаемъ мелкія правонарушенія, напримѣръ порубку деревьевъ, порчу межевыхъ знаковъ, кражу плодовъ, рыбы и т. п. Законодатель угрожаетъ и простой, и квалифицированной смертною казнью. Проф. Кистяковскій насчитываетъ свыше 20 видовъ смертной казни, встрѣчающихся у разныхъ народовъ.

Моменты возрожденія кровавой мести имѣли мѣсто и въ русской исторіи. И въ русской исторіи они ознаменованы значительнымъ усиленіемъ смертныхъ казней.

Эпоха господства кровавой мести у русскихъ славянъ относится къ далекимъ до-историческимъ временамъ. По свидѣтельству

начальнаго лѣтописца, давнымъ давно было время, когда славяне „живяху звѣрскимъ образомъ, живуще скотски и убиваху другъ друга". Денежные выкупы извѣстны на зарѣ исторіи. Устами князя Владиміра Святого лѣтописецъ высказываетъ ту мысль, что въ X вѣкѣ обычай денежныхъ выкуповъ уже считался старинным обычаемъ.

Первый періодъ исторіи русскаго уголовнаго права есть періодъ господства денежныхъ выкуповъ. Вира и головничество за убійство, продажа и урокъ за остальныя обиды: вотъ обычное послѣдствіе преступленій. Но этотъ первый (земскій) періодъ исторіи связанъ и съ періодомъ предыдущимъ (до-историческимъ), и съ періодомъ послѣдующимъ (литовско-русскимъ и московскимъ); рядомъ съ чертами, ему спеціально принадлежащими и его характеризующими, мы встрѣчаемъ переживанія прошлаго и зародыша будущаго. Еще сохраняется кровавая месть, находящаяся въ процессѣ вымиранія. Уже появляются личныя наказанія, находящіяся въ процессѣ образованія. Въ числѣ личныхъ наказаній появляется и смертная казнь. Но смертная казнь примѣняется рѣдко.

Во второмъ періодѣ кровавая месть, какъ институтъ sui generis, постепенно отходитъ въ область преданій. Денежные выкупы сохраняются, но теряютъ преобладающее значеніе, уступая свое мѣсто личнымъ наказаніямъ. Въ числѣ этихъ наказаній все большее и большее значеніе пріобрѣтаетъ смертная казнь. Въ эпоху литовскихъ статутовъ въ западной Россіи и уложенія царя Алексѣя Михайловича въ восточной Россіи смертная казнь примѣняется весьма часто и въ формахъ весьма жестокихъ. А начало третьяго періода (царствованіе Петра Великаго и его ближайшихъ преемниковъ) есть эпоха наибольшаго развитія смертной казни.

Во второй половинѣ третьяго періода смертная казнь постепенно вымираетъ. Но начало XX вѣка, которое является началомъ новаго (четвертаго) періода въ исторіи русскаго права, ознаменовано значительнымъ усиленіемъ смертной казни.

Чѣмъ объяснить эти приливы и отливы въ исторіи смертной казни въ Россіи? Моя точка зрѣнія такова: подъ вліяніемъ разнообразныхъ условій общественной и государственной жизни старинныя традиціи временъ кровавой мести то замираютъ, то возрождаются; присущій человѣку животный инстинктъ злобной мстительности то засыпаетъ, то пробуждается; сообразно съ этимъ то признается, то забывается принципъ святости и неприкосно-

венности человѣческой жизни, то соблюдается, то нарушается заповѣдь „не убій“. И когда этотъ принципъ забывается, когда эта заповѣдь нарушается, тогда усиливается смертная казнь, какъ наказаніе, налагаемое по приговору суда, тогда широко примѣняются и смертныя казни безъ суда. Смертныя казни по суду и безъ суда—позднѣйшая форма возродившейся въ государственномъ быту кровавой мести.

Замѣчательнѣйшій памятникъ древне-русскаго права „Русская Правда“ совершенно не упоминаетъ о смертной казни. Отрывочныя указанія на практику этого наказанія встрѣчаемъ въ памятникахъ бытовыхъ (лѣтописяхъ, житіяхъ святыхъ, сказаніяхъ иностранцевъ). Это свидѣтельствуетъ о томъ, что смертная казнь была извѣстна въ древней Россіи, но примѣнялась рѣдко.

Смертная казнь была извѣстна: это—естественное продолженіе старинной кровавой мести. По мѣрѣ разрушенія родового быта и по мѣрѣ утвержденія началъ государственности частное лицо отстраняется отъ расправы за обиды, борьба съ преступленіями переходитъ въ руки органовъ государственной власти. Государство продолжаетъ дѣлать то, что раньше дѣлалъ частный мститель: убивалъ обидчика, государство казнитъ смертью преступника.

Но смертная казнь въ древней Россіи примѣнялась рѣдко, ибо кровавая месть уже въ началѣ русской исторіи находилась въ процессѣ вымиранія, а въ особенностяхъ древне-русской жизни не было условій, которыя способствовали бы ея возрожденію

Такія условія появились позже—во второмъ періодѣ исторіи русскаго права. Тогда возрождаются старинныя традиціи самоуправства и кровавой мести. Тогда эти традиціи проявляются и въ дѣятельности населенія, и въ дѣятельности органовъ государственной власти.

Въ литовско-русскомъ государствѣ изъ массы населенія выдѣляется привилегированное сословіе—шляхта. Шляхта добивается не только гарантій личныхъ и имущественныхъ правъ, она пріобрѣтаетъ права политическія, управляетъ государствомъ. Функціи государственной власти переходятъ въ руки частныхъ лицъ—шляхтичей, главнымъ образомъ въ руки князей и пановъ (составлявшихъ высшій слой шляхетства). Въ жертву интересамъ привилегированнаго шляхетства, составлявшаго незначительное меньшинство населенія, приносятся интересы народной массы, т. е. интересы значительнаго большинства населенія. Крестьяне закрѣпощаются, причемъ закрѣпощеніе принимаетъ весьма строгія

формы. Неограниченный произволъ шляхтича-земледѣльца надъ личностью крѣпостного крестьянина простирался до права казнить его смертью. Имущественная эксплоатація не уступала по своей силѣ произволу надъ личностью. Къ этимъ общимъ чертамъ, какими въ той или иной степени вездѣ характеризуется положеніе крѣпостныхъ крестьянъ, присоединились мѣстныя особенности: гнетъ религіозный и гнетъ національный. Послѣ уній— люблинской и брестской быстрыми шагами идетъ ополяченіе и окатоличеніе литовско-русской шляхты. Крестьяне и ихъ владѣльцы становятся чуждыми другъ другу людьми по языку, вѣрѣ, нравамъ и обычаямъ. Усиливается произволъ надъ личностью крестьянина, усиливается имущественная его эксплоатація, начинается поруганіе его вѣры.

Немилосердно угнетали крестьянъ владѣльцы—свѣтскіе и духовные. Не меньшій гнетъ испытывали крестьяне тогда, когда владѣльцы отдавали свои имѣнія въ аренду евреямъ. Государство не защищало и не могло защитить угнетаемыхъ. Крестьяне и не ждутъ защиты отъ государства. Они обращаются къ обычному средству: бѣгутъ на окраины государства, надѣясь тамъ избавиться отъ панскаго гнета и зажить вольною жизнью. Для того, чтобы охранять и защищать волю, необходима была организованная военная сила. Такой силой было казачество, пополнявшееся главнымъ образомъ бѣглыми крестьянами. Оно враждебно было настроено по отношенію къ шляхетско-католическо-крѣпостническому строю. И когда гнетъ, который былъ результатомъ этого строя, переполнилъ чашу терпѣнія угнетеннаго народа, казачество выступило мстителемъ за причиненныя народу обиды. Жестокая месть обрушилась на виновныхъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и на невинныхъ, но тѣми или иными узами связанныхъ съ виновными.

Съ конца XVI вѣка начинаются казацкія возстанія. Въ 1593 году вспыхнуло возстаніе Косинскаго. Возстаніе было подавлено. Но нашлись продолжатели дѣла Косинскаго: Лобода и Наливайко, а позже Жмайло, Тарасъ, Павлюкъ, Остраница, Гуня, Богданъ Хмѣльницкій, Палій... Возстанія сопровождались смертными казнями, истребленіемъ и разграбленіемъ имущества. Казаки нападали на шляхетскія усадьбы, костелы, сжигали зданія, ругались надъ католической и еврейской святыней, уничтожали документы, избивали и убивали людей... Всѣ эти кровавыя дѣянія были актами мести за гнетъ и обиды. Одинъ изъ предводителей казацкихъ Гуня писалъ гетману королевскихъ войскъ: „вы бы оставили

въ покоѣ несчастный народъ, котораго вопли и невинная кровь взываютъ о мести къ Богу и насъ къ тому же побуждаютъ".

Кровавая расправа казаковъ должна была вызвать чувство мести со стороны шляхетства. Во время возстанія Богдана Хмѣльницкаго паны говорили: „мы и вся рѣчь посполитая будемъ противъ войска запорожскаго и противъ своихъ холоповъ войну вести и мстить имъ до кончины своей; либо казаковъ истребимъ, либо они насъ истребятъ". И шляхтичи безъ всякаго милосердія расправлялись съ возставшими казаками и крестьянами, мстя за то, что холопы осмѣлились поднять руку на своихъ пановъ: сжигались села, хутора и мѣстечки, избивались и убивались старые и малые, женщины и младенцы.

Въ началѣ XVIII в. казачество исчезло на правой сторонѣ Днѣпра. Казацкія возстанія прекратились. Но шляхетско-католическо-крѣпостническій строй сохранился. Онъ вызываетъ протесты противъ себя и въ формѣ побѣговъ—въ формѣ народныхъ возстаній: казацкія возстанія въ XVIII в. смѣняются возстаніями гайдамацкими. Гайдамацкіе вожди призывали всѣхъ угнетенныхъ „идти въ лядскую землю на истребленіе жидовъ и католиковъ, поживиться лядскимъ добромъ, заплатить за христіанскую кровь, за православный законъ, за народъ украинскій". Подобно казакамъ, гайдамаки мстили за обиды, нанесенныя народу: они предавали смерти шляхтичей, евреевъ, католическихъ и уніатскихъ священниковъ, разоряли костелы, сжигали шляхетскія усадьбы, уничтожали акты и документы, грабили шляхетское добро. Когда гайдамацкія возстанія подавлялись, участники возстаній подвергались мести со стороны тѣхъ, кому они отомстили. Гайдамаковъ предавали смертной казни посредствомъ повѣшенія, четвертованія, посаженія на колъ и т. п.

Послѣднимъ взрывомъ мести угнетеннаго народа въ западной Россіи было возстаніе 1768 г., такъ называемая, коліивщина. Послѣ усмиренія коліивщины терроризованный народъ долженъ былъ заглушить въ себѣ голосъ мести.

Важнѣйшее явленіе въ исторіи политическаго строя московскаго государства—установленіе самодержавія. Важнѣйшія явленія въ исторіи строя соціальнаго—холопство и установленіе крѣпостного права. Процессъ установленія самодержавія сопровождается борьбой царской власти съ боярствомъ, претендующимъ на участіе въ верховномъ управленіи государствомъ. Холопство и крѣпостное право порождаютъ рознь и борьбу между господами, съ одной

стороны, холопами и крестьянами, съ другой стороны. Кромѣ царя и бояръ, кромѣ господъ, холоповъ и крестьянъ въ борьбу втягиваются и другіе классы общества, ибо въ большей или меньшей степени всѣхъ касаются указанныя важнѣйшія явленія московской жизни и все то, что имъ сопутствовало.

И борьба политическая, и борьба соціальная не могли быть прекращены вмѣшательствомъ государства, какъ монополиста принужденія, судъ государственный не могъ быть тѣмъ безпристрастнымъ третьимъ, на рѣшеніе котораго можно было отдать данные споры и рѣшенію котораго подчинились бы спорящіе и борющіеся, ибо государственная власть поддерживала тотъ строй, на почвѣ котораго борьба возникла, а носители государственной власти сами выступили въ роли борющейся стороны. Противники собственными силами расправляются другъ съ другомъ, мстятъ за причиненныя обиды. Борьба началась давно и продолжалась долго. Въ началѣ XVII в. страсти разгораются, происходитъ рѣшительное столкновеніе, накипѣвшее чувство мести проявляется въ формѣ жестокой, кровавой расправы съ врагами. Въ эту расправу впутываются иностранцы, хозяйничанье которыхъ на Руси встрѣчаетъ отпоръ со стороны русскаго населенія. Такимъ образомъ, въ смутѣ начала XVII в. переплетаются мотивы — политическій, соціальный и національный. Несмотря на разнообразіе этихъ мотивовъ, внѣшнія проявленія смуты, тѣ средства, которыми пользуются дѣйствующія въ смутѣ лица,—однородны; враги собственными силами расправляются другъ съ другомъ, наносятъ обиды и мстятъ за нихъ другъ другу. Смутное время—это время самоуправства, саморасправы и кровавой мести. Казалось, что вернулись далекія времена первобытной дикости, что забыты или отброшены въ сторону всѣ условія государственнаго быта, гарантирующія возможность мирнаго сожительства людей.

Такое состояніе анархіи долго тянуться не могло Государственный порядокъ былъ возстановленъ силами самого населенія. Та дѣловитая, „буржуазная“ часть населенія, которая играла главную роль въ прекращеніи смуты и возстановленіи государственнаго порядка, сдѣлалась господиномъ положенія: она достигла и участія въ распоряженіи властью, и укрѣпленія выгоднаго ей соціальнаго строя. Положеніе же низшихъ классовъ населенія не улучшилось, а, пожалуй, ухудшилось послѣ смуты. Холопы и крестьяне, черные посадскіе люди, отчасти низшіе слои служилыхъ людей и низшее духовенство, — все это простонародье страдало отъ московскихъ порядковъ до смуты, страдаетъ еще въ большей

степени послѣ смуты, страдаетъ отъ гнета финансоваго, административнаго, судебнаго, господскаго. Простонародье протестуетъ противъ гнета: подаетъ челобитья, обращается въ бѣгство, поднимаетъ возстанія. XVII вѣкъ есть вѣкъ народныхъ возстаній. Поднимая возстанія, „черные“ люди стремятся къ тому, чтобы отомстить „сильнымъ“ за притѣсненія и неправду. Подавляя возстанія, „сильные“ мстятъ „чернымъ“ за то, что они осмѣлились возстать. Наиболѣе крупные размѣры приняло возстаніе Стеньки Разина.

Разиновщина—возстаніе бѣдныхъ противъ богатыхъ, слабыхъ противъ сильныхъ, притѣсняемыхъ противъ притѣснителей. Конечная цѣль возстанія—утвержденіе казацкой вольности. Ближайшая цѣль—истребленіе командующихъ и начальствующихъ людей, всѣхъ тѣхъ богатыхъ, сильныхъ и знатныхъ, которые притѣсняли бѣдныхъ, слабыхъ, черныхъ. Истребленіе было местью за всѣ несправедливости и все зло въ прошломъ и въ то же время первою ступенью къ созданію лучшаго будущаго... Ближайшая цѣль преобладала. Акты мести составляютъ главное содержаніе разиновщины.

Когда разиновщина улеглась, сохранились въ силѣ вызвавшія ее причины — гнетъ господскій, финансовый, административный, судебный. Къ нимъ въ петровское царствованіе присоединяются новыя причины народнаго недовольства: рекрутчина, подушная подать, реформы, направленныя противъ старооте ческихъ преданій. Какъ при Алексѣѣ Михайловичѣ, такъ и при Петрѣ Вел. недовольство выливается въ бурной формѣ народныхъ волненій: въ концѣ XVII в. было нѣсколько стрѣлецкихъ бунтовъ, въ началѣ XVIII в. были бунты: астраханскій, башкирскій, булавинскій. Бунтовщики мстили своимъ врагамъ за обиды. Правительство круто расправлялось съ бунтовщиками, мстя за то, что они осмѣлились бунтовать.

Въ XVIII в. крѣпостное право дѣлаетъ окончательные успѣхи. Къ концу XVIII в. оно достигаетъ того предѣла своего развитія, дальше котораго уже некуда идти. Протестъ противъ крѣпостного гнета былъ неизбѣженъ. Крестьяне выражаютъ свой протестъ различными способами: путемъ подачи челобитій, путемъ самоубійствъ, побѣговъ, нападеній на помѣщиковъ съ цѣлью отмщенія. Крестьяне поджигаютъ барскія усадьбы, грабятъ барское добро, бьютъ и убиваютъ помѣщиковъ, а также ихъ управляющихъ и приказчиковъ. Крестьяне поднимаютъ возстанія, которыя сопровождаются убійствами и избіеніями, поджогами и грабежами. За 11 лѣтъ (съ 1762 по 1772 г. включительно) въ одной Велико-

россіи было 40 крестьянскихъ волненій. Эти волненія были прологомъ къ тому страшному взрыву народной мести за обиды, который извѣстенъ подъ названіемъ пугачевщины.

Программа Пугачева и въ своей положительной части—установленіе казацкой вольности безъ рекрутчины, крѣпостничества и др. „отягощеніевъ"—и въ части отрицательной—месть притѣснителямъ и раззорителямъ народа путемъ ихъ истребленія — не могла не найти отклика среди тѣхъ, которые много терпѣли и страдали отъ тогдашнихъ порядковъ и которые понимали, что ни законы, ни власть не могутъ защитить ихъ. То были прежде всего крѣпостные крестьяне; затѣмъ — преслѣдуемые правительствомъ раскольники, угнетаемые своими старшинами яицкіе казаки, недовольные правительствомъ кочевники-инородцы. Всѣ они охотно пошли за Пугачевымъ, чтобы быть участниками въ выполненіи выставленной имъ программы. Какъ въ разиновщинѣ, такъ и въ пугачевщинѣ, преобладающее значеніе имѣла отрицательная сторона программы. Ее принялись немедленно осуществлять. Всѣ угнетаемые, обижаемые и притѣсняемые воспользовались случаемъ, чтобы отмстить своимъ соціальнымъ врагамъ за обиды, угнетенія и неправду. Всѣ дали волю злобному чувству мстительности и... отомстили. Месть проявилась въ массовыхъ смертныхъ казняхъ. Главнымъ образомъ казнили дворянъ-помѣщиковъ, мстя за угнетеніе крѣпостныхъ крестьянъ. Нѣкоторые случаи казней отличались поразительной жестокостью.

Возстаніе Пугачева было подавлено военной силой. Но кровопролитіе не прекратилось. Месть обыкновенно порождаетъ новую месть. Усмирители заняли мѣсто „пугачей" и принялись мстить усмиреннымъ бунтовщикамъ. Бунтовщиковъ казнили, сѣкли кнутомъ и плетьми, имъ рѣзали уши, брили полбороды и полголовы...

Таковы важнѣйшіе моменты возрожденія кровавой мести въ Россіи. Законодательство, появившееся и дѣйствовавшее въ эти моменты, отличается особенной жестокостью. Въ частности въ эти моменты въ изобиліи издаются законы о смертной казни, въ эти моменты законы о смертной казни неукоснительно соблюдаются.

Отрывочныя упоминанія о смертной казни встрѣчаются въ памятникахъ литовско-русскаго права до-статутового періода: въ уставныхъ земскихъ привилеяхъ, судебникѣ Казиміра, уставахъ и ухвалахъ. Въ литовскихъ статутахъ законодатель весьма щедро расточаетъ смертную казнь. Въ статутѣ 1529 года о смертной казни упоминается около 20 разъ, въ статутѣ 1566 г. около

60 разъ, а въ статутѣ 1588 г. около 100 разъ. Смертная казнь назначается за преступленія политическія и военныя, за преступленія противъ вѣры, нравственности и семьи, а равно за преступленія противъ личности и имущества. Обыкновенной формой смертной казни было, повидимому, повѣшеніе. Извѣстны статутамъ и другія формы смертной казни: отсѣченіе головы, сожженіе, четвертованіе, посаженіе на колъ, утопленіе и неопредѣленная „строгая" казнь.

Первый литовскій статутъ (1529 г.) былъ изданъ тогда, когда процессъ установленія крѣпостного права и шляхетскаго верховенства подходилъ къ концу, а третій (1588 г.) — когда этотъ процессъ уже закончился. Законодатель не могъ не предвидѣть, что установившійся въ литовско-русскомъ государствѣ строй встрѣтитъ рѣзкій протестъ со стороны народныхъ массъ, со стороны большинства населенія. Государственная власть защищаетъ этотъ строй. Законодатель угрожаетъ жестокими карами врагамъ его. Мстительное чувство по отношенію къ врагамъ установившагося строя диктовало жестокіе законы. Что это такъ, видно изъ анализа уголовныхъ постановленій литовскаго статута.

Постановленія эти носятъ сословный характеръ. Законодатель угрожаетъ тяжкими или легкими наказаніями въ зависимости отъ соціальнаго положенія преступника и жертвы преступленія. За одно и то же преступленіе назначается смертная казнь человѣку простому и другое наказаніе шляхтичу. Смертная казнь назначается, если пострадалъ отъ преступленія шляхтичъ, и другія наказанія, если пострадалъ человѣкъ простой. Для преданія смертной казни шляхтича необходима совокупность очень многихъ процессуальныхъ условій; напротивъ, достаточна незначительная доля этихъ условій, чтобы предать смертной казни человѣка простого. Однимъ словомъ, литовско-русскій законодатель смертною казнью угрожаетъ главнымъ образомъ „людямъ простого стану", тѣмъ, которые испытывали на себѣ гнетъ установившагося порядка; законы о смертной казни были однимъ изъ способовъ, при помощи которыхъ господствующее въ государствѣ шляхетское сословіе защищало свои интересы и мстило своимъ врагамъ.

Въ обоихъ судебникахъ (1497 г., и 1550 г.) и въ уставной книгѣ разбойнаго приказа важнѣйшія преступленія обложены смертною казнью. Въ уложеніи царя Алексѣя Михайловича упоминается 60 случаевъ, когда преступнику угрожаетъ смертная казнь. Въ указахъ второй половины XVII вѣка и начала XVIII в. замѣчается стремленіе усилить смертную казнь: подъ угрозой

смертной казни законодатель запрещаетъ многія дѣянія, маловажныя съ нашей точки зрѣнія. Вѣнцомъ такого направленія законодательства въ смыслѣ усиленія смертной казни являются воинскіе артикулы Петра Великаго: здѣсь въ 122 случаяхъ предусмотрѣна смертная казнь; она назначается и за важныя преступленія, и за маловажные проступки. Послѣ Петра Великаго до вступленія на престолъ Елизаветы Петровны смертная казнь является господствующимъ наказаніемъ.

Чѣмъ объяснить столь широкую и щедрую угрозу смертной казнью въ законодательствѣ XVII вѣка и первой половины XVIII вѣка? Отвѣтъ на поставленный вопросъ будетъ ясенъ и понятенъ, если вспомнимъ, что законодательные памятники, столь щедро угрожающіе смертною казнью, появились въ эпоху народныхъ волненій. Народныя волненія были протестомъ противъ существующаго порядка. Смертныя казни были орудіемъ расправы съ врагами существующаго порядка. Государство поддерживаетъ этотъ порядокъ и мститъ врагамъ его, карая ихъ смертною казнью. Возмездіе — вотъ принципъ тогдашняго уголовнаго права и въ особенности законовъ о смертной казни.

Признавая возмездіе основнымъ принципомъ русскаго уголовнаго права XVII в. и первой половины XVIII в., можно объяснить многія особенности этого права.

Жестокость была свойственна частному мстителю въ древности. Жестокость свойственна и русскому законодателю XVII в. и первой половины XVIII в, ибо законодатель въ эту эпоху подчиняется мстительному чувству, стремится причинить наибольшее зло врагамъ существующаго порядка. Онъ казнитъ ихъ смертью и простой (посредствомъ повѣшенія, отсѣченія головы, утопленія, разстрѣлянія) и квалифицированной (посредствомъ сожженія, залитія горла расплавленнымъ металломъ, колесованія, четвертованія, посаженія на колъ, повѣшенія за ребро).

Въ древности мстили чужому; своему, т. е. члену своего рода, не мстили, хотя бы онъ и причинилъ обиду. Въ нѣсколько смягченномъ видѣ проводится этотъ старинный взглядъ въ законахъ о смертной казни. Члены высшихъ командующихъ классовъ—это свои; они приверженцы существующаго порядка; ихъ рѣдко предавали смертной казни. Смертная казнь угрожала главнымъ образомъ низшимъ классамъ населенія, которые чувствовали весь гнетъ тогдашняго порядка и враждебно къ нему относились; съ ними и производится расправа посредствомъ смертныхъ казней.

Кровавая месть практиковалась и за тяжкія и за незначительныя обиды. И смертная казнь по законодательству XVII в. и первой половины XVIII в. назначается за важнѣйшія преступленія и незначительныя правонарушенія: за измѣну государству и за продажу худой пеньки, за родителеубійство и за торговлю ревенемъ и т. п.

Древній мститель не только убивалъ своего врага, но, кромѣ того, уничтожалъ или грабилъ его имущество. Такъ поступаетъ и русскій законодатель XVII в. и первой половины XVIII в.: обыкновенно смертная казнь соединяется съ конфискаціей имущества.

Изслѣдователи исторіи русскаго уголовнаго права интересующаго насъ періода—проф. Сергѣевскій и проф. Филипповъ—отмѣчаютъ, что законы о смертной казни далеко не всегда исполнялись. Чѣмъ это объяснить? Тѣмъ, что законы эти продиктованы чувствомъ мести. Но чувство мести—явленіе временное, преходящее. Оно то вспыхиваетъ, то успокаивается. Когда чувство мести успокаивалось, законы о смертной казни оставались мертвой буквой, ибо не было никакихъ возвышенныхъ побужденій (нравственныхъ или религіозныхъ), которыя заставляли бы исполнять ихъ. А когда наступали вспышки мстительнаго чувства, тогда они неукоснительно соблюдались, тогда сотни и тысячи людей падали жертвой мести. За бунтъ 1662 года казнено было до 2.000 человѣкъ, за монетный бунтъ свыше 7.000, за стрѣлецкій бунтъ въ 1698 г. казнено свыше 1.100 чел.

До елизаветинскаго царствованія смертная казнь примѣнялась чрезвычайно широко. Елизавета Петровна дѣлаетъ попытки сузить эту кровавую практику. Высказывалось мнѣніе, что будто бы Елизавета Петровна отмѣнила смертную казнь. Выходитъ такъ, что до вступленія на престолъ Елизаветы Петровны смертная казнь была господствующимъ наказаніемъ, а затѣмъ сразу, однимъ почеркомъ пера по „манію царицы“ она была совершенно отмѣнена. Съ такимъ мнѣніемъ согласиться невозможно, ибо во 1) въ исторіи не бываетъ скачковъ, а во 2) одинъ человѣкъ, даже облеченный неограниченною властью самодержецъ, не дѣлаетъ исторіи по собственному усмотрѣнію. Елизавета Петровна хотѣла отмѣнить смертную казнь, но не отмѣнила. Она сдѣлала то, что могла сдѣлать: положила начало ограниченію смертной казни. Первымъ шагомъ въ этомъ направленіи были елизаветинскіе указы, коими формально пріостановлено было приведеніе въ исполненіе смертныхъ приговоровъ. Слѣдующіе шаги въ томъ же направ-

леніи сдѣланы были позже. А именно: при Павлѣ I и Александрѣ I елизаветинскіе указы были распространены на тѣ части территорій, какихъ они не касались въ моментъ изданія; при Николаѣ I издаются новые законы о смертной казни, взамѣнъ старыхъ,—въ первомъ изданіи свода законовъ смертная казнь оставлена лишь за преступленія политическія, военныя и карантинныя; во второй половинѣ XVIII в. и въ началѣ XIX в. ограничивается примѣненіе кнута, въ 1845 г. отмѣняется кнутъ, въ 1863 году отмѣняются шпицрутены, такимъ образомъ отмѣняется смертная казнь посредствомъ засѣченія, которая часто практиковалась при существованіи жестокихъ тѣлесныхъ наказаній.

Процессъ ограниченія смертной казни, начавшійся въ половинѣ XVIII вѣка указами императрицы Елизаветы Петровны, не закончился и въ наши дни. Смертная казнь сохранилась несмотря на то, что признавались доводы противъ нея. Противъ смертной казни высказывается Екатерина II въ своемъ „Наказѣ“. Убѣжденнымъ противникомъ смертной казни выступаетъ въ 1824 году въ государственномъ совѣтѣ адмиралъ Мордвиновъ. Графъ Блудовъ въ объяснительной запискѣ къ проекту „уложенія о наказаніяхъ“ 1845 года признаетъ, что смертная казнь „есть въ нѣкоторомъ смыслѣ зло уголовнаго законодательства“, что это „крайность, которую иные философы-моралисты не совсѣмъ несправедливо почитаютъ противною религіи“; тѣмъ не менѣе смертная казнь внесена была въ проектъ „уложенія о наказаніяхъ“, ибо „сіе зло едва ли не необходимо“. Составители проекта новаго „уголовнаго уложенія“ привели въ объяснительной запискѣ тѣ возраженія противъ смертной казни, въ силу которыхъ она могла бы быть совершенно исключена изъ числа наказаній; но она не была исключена; составители проекта полагали, что „вопросъ о смертной казни, кромѣ стороны чисто юридической, заключаетъ въ себѣ и весьма важную политическую сторону, долженствующую значительно вліять на признаніе своевременности таковой отмѣны“; по мнѣнію комиссіи, такой вопросъ государственной важности можетъ быть рѣшенъ въ государственномъ совѣтѣ; государственный совѣтъ сохранилъ смертную казнь.

Смертная казнь сохранилась и дожила до нашихъ дней, ибо законодатели полагали, что „зло сіе необходимо“, что сохраненіе смертной казни вызывается соображеніями государственной важности. Когда и почему это зло необходимо? Каковы соображенія государственной важности въ пользу смертной казни? На эти во-

просы такъ отвѣчаетъ исторія права: Смертная казнь — орудіе мести врагамъ существующаго порядка; орудіе это пускается въ ходъ тогда, когда недовольство со стороны населенія существующимъ порядкомъ принимаетъ рѣзкія формы; тогда органы государственной власти теряютъ то спокойствіе и хладнокровіе, какое имъ приличествуетъ и ихъ достойно, подчиняются чувству мести и, примѣняя мѣры принужденія, прибѣгаютъ къ смертнымъ казнямъ, т. е. къ той формѣ расправы съ врагомъ, которая практиковалась первобытными дикарями. Признавая соображенія противъ смертной казни, законодатель все таки сохраняетъ ее въ числѣ наказаній; онъ оставляетъ это испытанное орудіе борьбы съ врагами въ рукахъ государства, предвидя, что могутъ быть случаи, когда придется воспользоваться имъ. Такіе случаи были. Тогда старое орудіе пускалось въ дѣло, его подновляли, стараясь усилить его работоспособность. Послѣ царствованія Елизаветы Петровны, которая не утверждала смертныхъ приговоровъ, наступило екатерининское царствованіе: казненъ былъ Мировичъ, казнены участники чумнаго бунта, а во времена пугачевщины совершались массовыя казни. То были акты мести врагамъ существующаго порядка. Затѣмъ снова наступаетъ затишье до начала второй четверти XIX вѣка. Николаевское царствованіе открывается казнями декабристовъ и другими казнями. Въ первомъ изданіи свода законовъ (1832 г.) область примѣненія смертной казни суживается: смертная казнь назначается только за преступленія политическія, военныя и карантинныя и притомъ только по приговору особенныхъ судовъ. Но уже уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. назначаетъ смертную казнь за политическія преступленія и по приговору общихъ судовъ, а во второмъ изданіи свода законовъ (1857 г.) насчитывается болѣе 40 случаевъ, когда возможна была передача дѣлъ изъ общихъ судовъ въ суды военные для рѣшенія по законамъ военнаго времени съ примѣненіемъ смертной казни: старое орудіе подновили. Судебные уставы 1864 г. запрещаютъ также передачу дѣлъ въ военные суды, кромѣ исключительныхъ случаевъ, точно обозначенныхъ въ законѣ. Это, конечно, ослабило работоспособность смертнаго орудія расправы съ врагами. Но въ началѣ 80-хъ годовъ приняты мѣры къ ея усиленію: въ 1881 году издается законъ объ усиленной и чрезвычайной охранѣ, предоставившій генералъ-губернаторамъ по своему усмотрѣнію передавать дѣла изъ общихъ судовъ въ суды военные. Вмѣстѣ съ этимъ случаи примѣненія смертныхъ казней учащаются. А въ началѣ

XX вѣка совершаются массовыя смертныя казни; рядомъ со смертными казнями въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. съ казнями по суду, совершаются массовыя казни вообще: разстрѣлы безъ суда, террористическія убійства, погромныя убійства. Возродились старинныя традиціи временъ кровавой мести, и кровь человѣческая льется широкой рѣкой. Сотни и тысячи людей пали жертвой революціоннаго террора. Десятки тысячъ людей избиты и убиты во время черносотенныхъ погромовъ. Десятки, а, можетъ быть, и сотни тысячъ казнены по приговору суда или разстрѣляны безъ суда.

Гдѣ же выходъ изъ этого ужаснаго состоянія кровавой анархіи? Справа раздаются возгласы: нужно осудить терроръ, выразить порицаніе террористамъ. Съ такимъ же основаніемъ можно было бы указать на необходимость выразить порицаніе черной сотнѣ совершавшей погромы, или судьямъ, постановляющимъ смертные приговоры. Такое порицаніе или осужденіе принесетъ ли какіе-нибудь практическіе результаты? Врядъ ли. Съ большимъ основаніемъ указываютъ на необходимость отмѣны смертной казни въ законодательномъ порядкѣ. Смертная казнь должна быть отмѣнена. Этого требуетъ, помимо всѣхъ прочихъ соображеній, достоинство государства. И члены законодательныхъ учрежденій, разъ имъ дорого это достоинство государства, должны всѣ, безъ различія партій и направленій, сплотиться въ единодушномъ стремленіи отмѣнить смертную казнь. Но не слѣдуетъ переоцѣнивать такую мѣру, какъ отмѣна смертной казни по закону. Во 1) она коснулась бы одного только вида того ужаснаго кровопролитія, свидѣтелями котораго намъ суждено быть. Вѣдь отмѣна смертной казни обозначаетъ запрещеніе судамъ постановлять смертные приговоры и отнюдь не обозначаетъ запрещенія разстрѣловъ безъ суда, погромныхъ и террористическихъ убійствъ. Во 2) позволительно сомнѣваться, будетъ ли соблюдаться законъ объ отмѣнѣ смертной казни, если всѣ остальныя условія современной дѣйствительности останутся безъ измѣненія. Вѣдь и въ настоящее время смертные приговоры постановляются далеко не всегда съ соблюденіемъ всѣхъ требованій закона. Можно съ увѣренностью сказать, что, если все останется по старому и только изданъ будетъ законъ объ отмѣнѣ смертной казни, то законъ этотъ будетъ гласомъ вопіющаго въ пустынѣ, то найдены будутъ способы его обхода.

Гдѣ же въ такомъ случаѣ выходъ? Выходъ указанъ первыми народными представителями въ Россіи. Первая государственная дума въ отвѣтномъ адресѣ на тронную рѣчь Государя Императора

заявила о необходимости радикальныхъ реформъ на основѣ свободы, права и соціальной справедливости. Въ ряду реформъ поставлена и отмѣна смертной казни. Это—одна изъ реформъ, но не единственная.

Необходимы радикальныя реформы. Вотъ единственный дѣйствительный выходъ. И въ самомъ дѣлѣ: мы переживаемъ моментъ возрожденія кровавой мести; въ широкихъ размѣрахъ практикуются акты самоуправства, саморасправы и мести, ибо государство не стоитъ на высотѣ своей задачи быть единственнымъ монополистомъ принужденія, не защищаетъ правъ всего населенія. Государство стараго режима и не въ состояніи защищать, ибо этотъ режимъ покоится на непризнаніи элементарныхъ правъ человѣка и гражданина. Необходима ликвидація стараго режима и установленіе такого новаго строя, при которомъ права человѣка и гражданина признавались бы за всѣмъ населеніемъ и при которомъ была бы гарантирована охрана этихъ правъ государствомъ. Когда это наступитъ, тогда водворится гармонія между двумя элементами государства—населеніемъ и властью, тогда у населенія не будетъ побужденій обращаться къ самоуправству и самосправѣ, а для органовъ государственной власти не будетъ надобности выступать въ роли борющейся стороны, тогда не будетъ почвы для террористическихъ и погромныхъ убійствъ, для казней по суду и разстрѣловъ безъ суда, тогда будетъ соблюдаться величайшій принципъ святости и неприкосновенности человѣческой жизни.

По окончаніи доклада начались пренія.

М. М. Боровитиновъ остановился въ своихъ замѣчаніяхъ прежде всего на тѣхъ тезисахъ докладчика, которые касаются момента перехода института мести въ институтъ смертной казни. Въ книгѣ референта вопросъ этотъ, можетъ быть, освѣщенъ достаточно подробно, но изъ конспективнаго словеснаго изложенія докладчика оппонентъ не составилъ себѣ о немъ яснаго представленія. Лишь мимоходомъ референтъ указалъ, что первоначально исполнителемъ смертной казни былъ мститель, приводившій въ исполненіе приговоръ суда. Это совершенно вѣрно; объясненіе причины этого явленія даетъ Бруннеръ въ своихъ изслѣдованіяхъ по исторіи французскаго и германскаго права. Примыкая къ мнѣнію Вильда о происхожденіи смертной казни и другихъ наказаній изъ состоянія безправія Friedlosigkeit, Бруннеръ доказываетъ, что сначала достаточно было суду объявить преступника wargus, friedlos,

чтобы онъ былъ лишенъ жизни. Пока преступленія и наказанія нормировались только обычаемъ, приведеніе приговора въ исполненіе составляло не только право, но и обязанность каждаго способнаго носить оружіе. Обязанность эта не требовала никакого правового принужденія. Соблюденіе ея въ достаточной мѣрѣ обезпечивалось религіознымъ чувствомъ и сознаніемъ общности интересовъ. Съ развитіемъ права, когда появился писанный законъ и единство правовыхъ воззрѣній населенія было нарушено, одного провозглашенія безправымъ для казни преступника оказалось недостаточно. Государство, желавшее карать виновныхъ смертью, для приведенія въ исполненіе приговоровъ должно было имѣть особый органъ. Съ точки зрѣнія приведеннаго взгляда представляется совершенно понятнымъ, почему въ источникахъ права упоминаніе о смертной казни мы встрѣчаемъ сравнительно поздно, въ нашемъ правѣ, напр., лишь въ концѣ XIV вѣка. Посредствующимъ звеномъ между местью и смертною казнью является лишеніе преступника покровительства законовъ, одною изъ формъ котораго слѣдуетъ признать, между прочимъ, потокъ и разграбленіе Русской Правды.

Соглашаясь, такимъ образомъ, съ референтомъ въ томъ, что институтъ смертной казни имѣетъ въ основѣ своей, какъ и институтъ мести, идею возмездія, не возражая и противъ того, что идея эта порождена животнымъ инстинктомъ, оппонентъ никоимъ образомъ не можетъ примкнуть къ дальнѣйшимъ тезисамъ референта, въ которыхъ возрожденіе время отъ времени чувства мести выставляется какъ основная, если не единственная причина примѣненія государствомъ смертной казни, съ одной стороны, и возникновенія народныхъ волненій и бунтовъ, съ другой. Порожденная идеей возмездія, смертная казнь, какъ и другія наказанія, проникается затѣмъ идеей цѣлесообразности, причемъ въ различныя времена примѣненіемъ ея государство стремится достигнуть различныхъ цѣлей. Въ XVI вѣкѣ, въ эпоху развитія губныхъ учрежденій государство видѣло въ смертной казни главнымъ образомъ средство избавиться отъ лихого человѣка, освободить населеніе отъ опаснаго преступника; соотвѣтственно сему смертная казнь служила цѣли истребленія. Въ XVII вѣкѣ эта задача постепенно вытѣсняется другой—желаніемъ удержать всѣхъ и каждаго отъ преступленія страхомъ кары,—преступникъ подвер-

гается казни, чтобы „на него смотря, другимъ было неповадно такъ поступать". По мнѣнію оппонента, защищаемая имъ господствующая точка зрѣнія лучше объясняетъ жестокія кары, существовавшія въ законодательствѣ Петра за сравнительно незначительные проступки формальнаго характера, чѣмъ тѣ положенія, изъ которыхъ исходитъ докладчикъ. Въ цѣляхъ болѣе сильнаго устрашенія можно угрожать смертною казнью за порубку собственнаго дуба, но непонятно, почему срубленный дубъ можетъ пробуждать въ носителѣ власти мстительный инстинктъ. Теорія устрашенія объясняетъ также болѣе удовлетворительно, чѣмъ теорія докладчика, усиленіе карательной репрессіи въ періоды реформъ. Проводя въ жизнь новыя мѣры, встрѣчающія болѣе или менѣе сильную оппозицію со стороны населенія, законодатель для обезпеченія послушанія массы естественно повышаетъ карательныя ставки.

Въ такомъ положеніи находилась Россія во второй половинѣ XVII и первой половинѣ XVIII вѣка, оттого и смертная казнь примѣнялась въ это время особенно широко. Нельзя объяснять также пробужденіемъ инстинкта мстительности и народные бунты. Всѣ революціонные движенія преслѣдуютъ всегда извѣстныя цѣли; проявленіе при этомъ чувства мести несомнѣнно происходитъ весьма часто, но все же оно носитъ случайный характеръ. Даже и относительно пугачевскаго бунта, наиболѣе подтверждающаго, казалось бы, положеніе докладчика, нельзя сказать, что въ основѣ его лежало желаніе крѣпостныхъ отмстить за обиды жестокимъ господамъ.

Оппонентъ былъ бы, однако, неправильно понятъ, еслибы изъ словъ его было сдѣлано заключеніе, что онъ совершенно отрицаетъ идею возмездія въ современномъ уголовномъ правѣ. Съ идеей этой государство должно считаться, и въ особенности тогда, когда заходитъ рѣчь о смягченіи формъ карательной репрессіи. Отмѣна смертной казни вопреки убѣжденія, господствующаго въ обществѣ, была бы мѣрою крайне опасной, такъ какъ естественнымъ послѣдствіемъ такой мѣры должно было бы явиться линчеваніе, самосудъ.

П. И. Люблинскій отмѣчаетъ отсутствіе въ докладѣ какого либо опредѣленія смертной казни. Такое опредѣленіе было тѣмъ болѣе необходимо, что изъ отдѣльныхъ указаній доклада нельзя уловить опредѣленнаго и яснаго смысла этого термина. Повидимому, докладчикъ понимаетъ подъ смертною

казнью всякое лишеніе жизни изъ мести, и такимъ образомъ въ одномъ понятіи оказываются объединенными самые разнородные элементы.

Неправильна и основная мысль доклада о связи смертной казни съ кровавой местью. Это—явленія совершенно различныя какъ по характеру преступныхъ дѣяній, противъ которыхъ они направлены, такъ и по характеру ихъ примѣненія. Кровавая месть установлена за уголовно-частныя дѣянія, смертная же казнь съ самаго начала была наказаніемъ за публично-уголовныя—за политическія, религіозныя и т. п.—преступленія; лишь позднѣе смертная казнь распространена была и на уголовно-частныя дѣянія. Далѣе, кровавая месть существовала въ условіяхъ небольшихъ группъ, именно—въ тѣсныхъ рамкахъ родовыхъ организацій; смертная же казнь есть институтъ большихъ государственныхъ организацій.

Нельзя также согласиться съ мнѣніемъ докладчика о причинной зависимости возрастанія смертныхъ казней отъ народныхъ возмущеній противъ угнетающаго меньшинства: было бы вообще весьма печально, если бы каждая крупная реформа неизбѣжно должна была сопровождаться столь тяжелыми жертвами, какъ усиленіе смертныхъ казней и жестокости уголовныхъ законовъ вообще. Въ дѣйствительности это не такъ, и чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно, напримѣръ, указать на тотъ фактъ, что большинство смертныхъ казней, совершенныхъ въ эпоху Іоанна Грознаго и царя Алексѣя Михайловича, падаетъ на долю обвиненій въ ереси, колдовствѣ, бунтѣ по поводу чумы и тому подобныхъ, основанныхъ на невѣжествѣ и предразсудкахъ, преступныхъ дѣяніяхъ.

Чѣмъ же въ такомъ случаѣ объяснить періодическое усиленіе смертныхъ казней и жестокости уголовнаго законодательства? Профессоръ Петражицкій, съ точки зрѣнія своей теоріи развитія права, ставитъ это явленіе въ связь съ расширеніемъ государственной территоріи, вообще—увеличеніемъ группы населенія, охватываемой данной организаціей: чтобы достигнуть въ увеличенной группѣ того же соціальнаго поведенія, какъ и въ прежней меньшей группѣ, необходимо, caeteris paribus, усиленіе уголовныхъ наказаній. Это объясненіе Петражицкаго вполнѣ подтверждается совпаденіемъ разсматриваемаго періода усиленія смертныхъ казней съ эпохою завоеваній. Конечно, бываютъ отдѣльные случаи, когда жестокіе уголовные законы,

въ частности—о смертной казни, и диктуются, какъ говоритъ докладчикъ, чувствомъ мести. Но—неправильно возводить эти исключительные случаи въ общее правило. Вообще, если стать на точку зрѣнія докладчика, именно—точку зрѣнія періодическаго возрожденія традицій кровавой мести, то получается безотрадная картина человѣческаго прогресса: вся разница между первобытнымъ и культурнымъ состояніемъ человѣческаго общества выражается въ томъ, что у первобытнаго человѣка инстинктъ злобы и мстительности дѣйствуетъ непрерывно, между тѣмъ какъ въ культурномъ обществѣ онъ проявляется лишь періодически—въ формѣ вспышекъ. Съ этимъ нельзя согласиться.

Что касается общей конструкціи доклада, то нужно сожалѣть, что докладчикъ не выяснилъ факторовъ изслѣдуемыхъ имъ явленій: онъ описалъ намъ отдѣльные моменты исторіи права, но не показалъ намъ самаго историческаго процесса,—его пружинъ. Оттого выводы докладчика не кажутся убѣдительными.

І. А. Шендзиковскій указываетъ на несоотвѣтствіе заглавія „кровная месть“ дѣйствительной темѣ доклада — кровавой мести. Если имѣть въ виду кровную месть, то уже въ ней проявляется моментъ цѣлесообразности, а отнюдь не одни звѣрскіе инстинкты. Что касается отмѣченнаго докладчикомъ факта, что кровавая месть была направлена только противъ чужихъ, то этотъ фактъ, послужившій докладчику для аналогіи между смертной казнью и кровавой местью, объясняется съ точки зрѣнія кровной связи, какъ источника и основы кровной мести, тѣмъ простымъ соображеніемъ, что месть по отношенію къ своимъ сородичамъ была совершенно излишня въ виду наличности достаточнаго воздѣйствія на обидчика со стороны родительской власти и вообще—„старшихъ“.

Докладчикъ вообще игнорируетъ моментъ цѣлесообразности. И жестокія репрессаліи бываютъ проникнуты идеей цѣлесообразности. Такъ, напримѣръ, культурные народы (нѣмцы, итальянцы) въ борьбѣ съ дикарями нерѣдко примѣняли такія репрессаліи: это—не изъ чувства мести, а съ разумной цѣлью заставить противника отказаться отъ варварскихъ пріемовъ.

Докладчикъ, далѣе, неправильно смѣшиваетъ подъ именемъ смертной казни: и казни по закону и приговору суда, и убійства и разстрѣлы безъ суда. Докладчикъ также упускаетъ

иногда изъ виду существенную разницу между фактомъ существованія законовъ о смертной казни и фактомъ ихъ примѣненія. Такъ, напр., въ Воинскихъ Артикулахъ Петра Великаго, столь щедро назначающихъ смертную казнь за различныя преступленія, многія постановленія несомнѣнно изданы единственно „для острастки", не получивъ на дѣлѣ никакого примѣненія. Вообще, уставы и указы еще не даютъ истинной картины происходящаго въ дѣйствительности. Такъ, докладчикъ указалъ, что императрицей Елизаветой Петровной пріостановлено было приведеніе въ исполненіе приговоровъ о смертной казни. Между тѣмъ, дѣйствовавшее тогда еще въ широкихъ размѣрахъ наказаніе кнутомъ и шпицрутенами на практикѣ превращалось въ квалифицированную смертную казнь. Такая замаскированная смертная казнь, конечно, хуже открытой.

Говоря о передачѣ разныхъ категорій дѣлъ изъ общихъ судовъ въ военные, докладчикъ неправильно объясняетъ этотъ фактъ исключительно примѣненіемъ смертной казни къ этимъ дѣламъ. Весьма часто цѣль была при этомъ совершенно иная,— главнымъ образомъ—цѣль ускоренія. Этимъ мотивомъ и объясняется отмѣченная докладчикомъ передача 30 категорій преступныхъ дѣяній по Своду 1857 года на разсмотрѣніе военныхъ судовъ.

А. А. Башмаковъ считаетъ неправильнымъ взглядъ докладчика на смертную казнь, какъ на проявленіе чувства мести. Если докладчикъ пришелъ къ этому заключенію путемъ установленія преемственности между смертной казнью и кровавой местью, то въ такомъ случаѣ слѣдовало бы распространить это заключеніе и на всякое уголовное наказаніе: ибо генетически можно вывести современно уголовное наказаніе вообще изъ кровавой мести. Но, конечно, это еще не означаетъ, чтобы возмездіе можно было признать единственнымъ факторомъ современнаго уголовнаго наказанія,—если бы даже и предполагать, что институтъ кровавой мести и опредѣлялся исключительно этимъ элементомъ. Но, далѣе, такое предположеніе, традиціонно высказываемое въ курсахъ и учебникахъ и раздѣляемое докладчикомъ, объ исключительномъ значеніи чувства мести въ институтѣ кровавой мести, нельзя признать правильнымъ, ибо оно совершенно расходится съ тѣми явленіями, которыя мы наблюдаемъ въ живой дѣйствительности. Такъ, напримѣръ, въ сѣверной Албаніи, гдѣ оппоненту пришлось

недавно путешествовать, и гдѣ господствуетъ еще старинный обычай кровавой мести въ весьма первобытныхъ формахъ, можно видѣть, какую ничтожную роль играетъ выдвигаемое докладчикомъ субъективное чувство мести.

Это послѣднее начало—субъективное—совершенно подчинено объективному, интересъ индивидуальный всецѣло поглощенъ интересомъ коллективнаго цѣлаго—рода. Съ этой точки зрѣнія характернымъ является фактъ тщательно производимаго между родами подсчета „кровнинъ“ (т. е. взаимныхъ кровавыхъ обидъ) и затѣмъ—заключенія между ними договоровъ съ бухгалтерскимъ зачетомъ этихъ кровнинъ и уплатой за оказавшійся на одной сторонѣ „пассивъ“. Столь же характерно, напримѣръ, что если обидчикъ явился самъ въ домъ убитаго, то онъ пользуется имъ, какъ священнымъ убѣжищемъ въ теченіе 3-хъ недѣль, причемъ обида, нанесенная ему въ домѣ убитаго подъ вліяніемъ страстности и личнаго чувства мести, вызываетъ величайшее негодованіе сородичей мстителя. Изъ этихъ примѣровъ мы видимъ, что какъ субъектомъ, такъ и объектомъ кровавой мести является собственно коллективное цѣлое—родъ, индивидъ же служитъ лишь орудіемъ или жертвой мести за обиду, причиненную всему роду, и, какъ таковое, долженъ подавлять въ себѣ индивидуальный элементъ страстности. Отсюда, между прочимъ, видно, что кровавая месть является въ средѣ первобытныхъ дикихъ племенъ глубококультурнымъ учрежденіемъ, заключающимъ въ себѣ торжество объективнаго начала надъ субъективнымъ, иными словами—генезисъ идеи права. Указанными чертами—господствомъ коллективнаго начала и подавленіемъ субъективнаго чувства мести—обусловливается еще одна особенность института кровавой мести: отсутствіе жестокости и сложности въ формахъ мести. Совершенно неправиленъ поэтому 3-ій тезисъ докладчика, говорящій о періодѣ господства кровавой мести, какъ объ эпохѣ наибольшей жестокости смертныхъ казней. Напротивъ: именно въ эпоху родовой кровавой мести, при господствѣ указанныхъ началъ, не могло выработаться жестокихъ и сложныхъ формъ мести: съ точки зрѣнія интересовъ рода отдѣльные акты мести нивеллировались, и играли роль лишь какъ матеріалъ для „счета головъ“. Кромѣ указанныхъ факторовъ, огромную и едва ли не доминирующую роль при тогдашней весьма низкой оцѣнкѣ человѣческой жизни и человѣческой личности игралъ

еще и экономическій мотивъ — опять-таки съ точки зрѣнія рода. Вообще, идея благосостоянія рода проходитъ красной нитью черезъ институтъ кровавой мести, и этому началу подчинены всѣ элементы института.

В. Д. Набоковъ указываетъ на переоцѣнку чувства мести, допущенную докладчикомъ при историческомъ обзорѣ института смертной казни. Правда, такія явленія, какъ возбужденіе преслѣдованія за политическія дѣянія, совершенныя нѣсколько лѣтъ назадъ, или присужденіе къ смертной казни и приведеніе приговора въ исполненіе въ теченіе 24 часовъ отъ момента совершенія преступленія, способны невольно навести на аналогію съ кровавой местью.

Есть рядъ и другихъ условій, доказывающихъ, что элементъ мести несомнѣнно бываетъ присущъ всякому виду наказанія. Но этотъ элементъ необходомо отдѣлить отъ общей эволюціи уголовнаго законодательства и въ частности—института смертной казни. Отрицать это—значитъ либо закрывать глаза на дѣйствительный ходъ исторіи, либо давать ему неправильное, искусственное объясненіе.

То или другое въ извѣстной степени произошло съ докладчикомъ,—видимо въ значительной мѣрѣ загипнотизированнымъ специфическими и переходящими явленіями нашей современности и чрезмѣрно ихъ обобщившимъ. Такъ, докладчикъ, видя въ институтѣ смертной казни исключительно проявленіе мстительнаго чувства со стороны государственной власти къ недовольному установленнымъ строемъ населенію, считаетъ условіемъ отмѣны смертной казни проведеніе радикальныхъ реформъ, гарантирующихъ права всего населенія. Однако какъ объяснить съ этой точки зрѣнія фактъ сохраненія смертной казни, какъ судебнаго наказанія, въ передовыхъ культурныхъ странахъ, гдѣ этотъ строй осуществленъ, и права „человѣка и гражданина“ обезпечены?

Далѣе, какъ съ точки зрѣнія докладчика объяснить существованіе въ нѣкоторыхъ странахъ на ряду съ смертными казнями по суду, такъ называемаго „суда Линча“, успѣшно конкурирующаго съ ними? Такъ Makarewicz указываетъ на статью Arthur Desjardins: „Le droit des gens et la loi de Lynch aux Etats Unis“, въ которой приведены слѣдующія поучительныя цифры смертныхъ казней и линчированій въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки за время съ 1884 по 1889 годъ:

1884 г.	103 казни	219 линчированій
1885 „	108 „	181 „
1886 „	83 „	133 „
1887 „	79 „	123 „
1888 „	87 „	144 „
1889 „	98 „	175 „

Такое существованіе рядомъ обоихъ институтовъ, примѣняемыхъ къ однимъ и тѣмъ же преступнымъ дѣяніямъ, не доказываетъ ли, что государственная власть пользуется институтомъ смертной казни не какъ орудіемъ мести и борьбы съ большинствомъ населенія, а осуществляетъ имъ лишь властно диктуемую этимъ самымъ населеніемъ функцію элиминированія преступниковъ извѣстныхъ категорій? Вообще, — въ элиминированіи, а не въ возмездіи—вопреки 1-му тезису доклада— заключается существо и историческій смыслъ института смертной казни.

Трудно согласиться также и съ 3-мъ тезисомъ о наибольшей жестокости смертныхъ казней въ эпоху господства кровавой мести. Если въ древности, напр., въ Греціи, Карѳагенѣ, и встрѣчаются квалифицированныя и жестокія формы казни, то во всякомъ случаѣ тогда еще не было основной мысли— причинить преступнику посредствомъ смертной казни наиболѣе длительныя и сложныя мученія. Вообще въ основѣ сложныхъ квалифицированныхъ формъ казни лежитъ идея не мести, а устрашенія. Вмѣстѣ съ этой идеей онѣ появились лишь позднѣе. Не будь этихъ сложныхъ и жестокихъ формъ—пытки не оказывали бы должнаго устрашающаго дѣйствія. Было бы, впрочемъ, неправильно отрицать всякое значеніе мести въ институтѣ смертной казни. Напротивъ, месть есть несомнѣнно факторъ соціальныхъ и общегосударственныхъ явленій, и весьма интересно было бы выяснить, какое мѣсто она въ дѣйствительности занимаетъ въ системѣ отдѣльныхъ наказаній. Но возводить этотъ факторъ въ исключительный для института смертной казни и ставить въ зависимость отъ него весь ходъ развитія института представляется явною односторонностью.

Объясненіе докладчика проф. *Малиновскаго*. Мой докладъ встрѣтилъ возраженія почти по всѣмъ пунктамъ. Я этого ожидалъ. И въ своей книгѣ и въ своемъ докладѣ я про-

вожу новую точку зрѣнія, значительно расходящуюся съ общепринятыми въ литературѣ мнѣніями. Я позволю себѣ остаться при своей точкѣ зрѣнія; въ подтвержденіе ея и въ опроверженіе сдѣланныхъ мнѣ возраженій поясню слѣдующее:

Кровная месть—понятіе родовое; она находится въ генетической связи съ уголовнымъ наказаніемъ вообще; кровавая месть—понятіе видовое; она находится въ генетической связи съ однимъ изъ видовъ наказанія — смертною казнью: смертная казнь продолженіе кровавой мести. Остановлюсь сначала на кровавой мести, затѣмъ перейду къ вопросу о смертныхъ казняхъ. Одинъ изъ оппонентовъ, А. А. Башмаковъ, не согласенъ съ моей характеристикой кровавой мести, основанной будто бы на курсахъ и учебникахъ, и предлагаетъ свою характеристику, основанную на изученіи живой дѣйствительности. Полагаю, что только того изученія живой дѣйствительности, какимъ обладаетъ мой оппонентъ, далеко недостаточно для выясненія вопроса о кровавой мести во всей широтѣ: вѣдь его наблюденія, весьма цѣнныя и любопытныя, относятся къ одному только народу, къ одному только историческому моменту. Между тѣмъ кровавая месть — институтъ общечеловѣческій; онъ имѣетъ свою длинную исторію. Лично я не производилъ этнографическихъ наблюденій. Но для изученія исторіи обычая кровавой мести я воспользовался разнообразными произведеніями народнаго творчества: Библіей, Иліадой и Одиссеей, древне-германскими сагами, русскими лѣтописями и былинами, сказками — русскими, малорусскими, монгольскими, бурятскими, древними памятниками германскаго и славянскаго права, сборниками обычнаго права кавказскихъ и сибирскихъ инородцевъ и т. д. На основаніи изученія этого матеріала я подмѣтилъ слѣдующія стадіи въ развитіи кровавой мести. Въ глубокой древности месть была проявленіемъ животнаго инстинкта мстительности. Позже она является правомъ и обязанностью. Къ этой второй стадіи и относится моя характеристика кровавой мести. Одна черта въ этой характеристикѣ вызвала одинаковыя возраженія со стороны двухъ оппонентовъ. И А. А. Башмаковъ и В. Д. Набоковъ утверждаютъ, что жестокость характеризуетъ не эпоху кровавой мести, а эпоху смертныхъ казней. Въ моей книгѣ приведены обильные факты, вполнѣ подтверждающіе выставленное мною положеніе, что въ эпоху кровавой мести были выработаны простыя и квалифи-

цированныя формы казней. Повторяю, моя характеристика кровавой мести относится къ эпохѣ господства этого института, когда кровавая месть была правомъ и обязанностью. За эпохой господства слѣдуетъ эпоха вымиранія. Это третья стадія. Къ этой стадіи и относится то, что̀ наблюдалъ въ Албаніи А. А. Башмаковъ. Месть вымираетъ и замѣняется наказаніями; въ частности мѣсто кровавой мести занимаетъ смертная казнь. Я намѣтилъ отдѣльные этапы этого перехода кровавой мести въ смертную казнь: 1) кровавая месть внѣ судебная; 2) месть до судебная; 3) месть послѣсудебная, т. е. смертная казнь, постановленная судомъ и приводимая въ исполненіе частнымъ мстителемъ; 4) смертная казнь, постановленная по приговору суда и приводимая въ исполненіе органами государственной власти. Н. И. Люблинскій возражаетъ, что смертная казнь назначалась не за тѣ преступленія, за какія слѣдовала кровавая месть, и что тѣ суды, которые допускали послѣсудебную месть, не были государственными судами въ полномъ смыслѣ слова. На первое возраженіе замѣчу, что позже, въ эпохи возрожденія кровавой мести, дѣйствительно смертная казнь назначалась за невѣдомыя первобытному человѣку преступленія политическія и религіозныя. Но не то было въ эпоху—переходную отъ мести къ уголовнымъ наказаніямъ: въ древней Россіи смертная казнь раньше всего назначалась за воровство и разбой. На второе возраженіе замѣчу, что послѣсудебная месть допускается, напримѣръ, судебникомъ Казиміра и Литовскимъ Статутомъ, памятниками законодательства, относящимися къ тому времени, когда функціонировали самые настоящіе государственные суды. Смертная казнь—естественное продолженіе кровавой мести. И такъ какъ переходъ совершился тогда, когда кровавая месть вымирала, то и смертная казнь на первыхъ порахъ примѣнялась рѣдко. Она усиливается позже, тогда, когда наступаетъ то, что я называю моментами возрожденія кровавой мести. Мнѣ возражаютъ (В. Д. Набоковъ), что усиленіе смертной казни не всегда совпадаетъ съ народными волненіями и ссылаются на XVII в. и на эпоху пугачевщины. Но эта ссылка именно подтверждаетъ мое мнѣніе. XVII вѣкъ—вѣкъ народныхъ волненій; они продолжаются и въ началѣ XVIII в. Въ это время и появляются жестокіе законы о смертной казни — Уложеніе ц. А. М., отдѣльные указы, Воинскіе Артикулы. Всѣ эти за-

коны сохраняютъ свою силу въ теченіе всего XVIII в.; они не примѣняются послѣ вступленія на престолъ Елизаветы Петровны и, наоборотъ, щедро примѣняются именно въ эпоху пугачевщины.

Принципомъ русскаго уголовнаго законодательства XVII в. и первой половины XVIII в. я считаю возмездіе. Мнѣ возражаютъ (М. М. Боровитиновъ), что принципомъ было устрашеніе. Таково установившееся мнѣніе. Отчасти, но не вполнѣ, и я съ нимъ согласенъ. Буквальный смыслъ уголовныхъ постановленій, въ частности законовъ о смертной казни свидѣтельствуетъ о томъ, что цѣлью наказанія было устрашеніе. Но буквальный смыслъ многихъ постановленій говоритъ и о томъ, что цѣлью было возмездіе. Я полагаю, что эти цѣли не противорѣчатъ другъ другу, что это двѣ стороны одного и того же дѣла. Посредствомъ законовъ о смертной казни государство и мститъ и устрашаетъ. Въ этомъ отношеніи политика уголовнаго законодательства напоминаетъ программы народныхъ движеній: положительная сторона программы обращена въ будущее—установленіе лучшихъ порядковъ; отрицательная сторона программы обращена въ прошлое — месть угнетателямъ и притѣснителямъ народа; отрицательная сторона преобладала, главное содержаніе народныхъ волненій составляли акты мести.

Точно также въ уголовномъ законодательствѣ устрашеніе относится къ будущему, имѣетъ цѣлью предупредить возможность посягательствъ на существующій порядокъ; возмездіе касается прошлаго, имѣетъ цѣлью отомстить врагамъ существующихъ порядковъ. И здѣсь возмездіе преобладало: актами мести удовлетворялось мстительное чувство, устрашеніе же обыкновенно было недѣйствительнымъ. Въ заключеніе скажу нѣсколько словъ о перспективѣ будущаго. Одинъ изъ оппонентовъ (Н. И. Люблинскій) упрекаетъ меня въ томъ, что при моей конструкціи исторіи смертной казни рисуются безотрадныя перспективы, что выходъ заключается въ томъ, чтобы государство было единственнымъ монополистомъ принужденія, т. е. чтобы въ рукахъ государства было принятіе самыхъ крайнихъ мѣръ. Возраженіе это покоится на недоразумѣніи. Употребленное мною выраженіе „государство должно быть единственнымъ монополистомъ принужденія“ я понимаю въ такомъ смыслѣ: принудительныя мѣры примѣняются только органами

государственной власти; самоуправство и саморасправа запрещены, за защитой своихъ правъ граждане обращаются къ государственной власти и отнюдь не прибѣгаютъ къ насилію; при такомъ порядкѣ случаи насилія уменьшаются, ибо государство есть общепризнанный авторитетъ и принужденіе со стороны государства не можетъ вызвать противодѣйствія; кромѣ того при такомъ порядкѣ насиліе измѣняетъ свой характеръ, ибо государству чужды — раздражительность и страстность, свойственныя частному мстителю, государство, примѣняя принужденіе, дѣйствуетъ хладнокровно, безпристрастно, объективно. При такихъ условіяхъ можно ограничиться мягкими, гуманными мѣрами принужденія, нѣтъ надобности обращаться къ крайнимъ жестокимъ мѣрамъ, въ частности нѣтъ надобности обращаться къ смертной казни. Весь вопросъ въ томъ, когда государство стоитъ на высотѣ своей задачи — быть единственнымъ монополистомъ принужденія? Тогда, когда весь государственный и общественный строй покоится на началахъ права, свободы и соціальной справедливости. Путемъ радикальныхъ реформъ нужно стремиться къ установленію такого строя.

Въ заключительномъ словѣ предсѣдатель *В. Д. Набоковъ* указалъ на то, что цѣлью собраній является не приведеніе всѣхъ къ единому мнѣнію—это и недостижимо, такъ какъ истина разновидна и разнообразна,—а прежде всего—живой обмѣнъ мнѣній. Съ этой точки зрѣнія настоящее собраніе является однимъ изъ самыхъ интересныхъ и плодотворныхъ, и докладчикъ заслуживаетъ особой благодарности за богатый матеріалъ и интересное его освѣщеніе по столь важному вопросу. Собраніе шумными аплодисментами выразило свою благодарность докладчику.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

18 января 1908 г.

Подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія *М. М. Винавера* состоялась бесѣда, предложенная дѣйствительнымъ членомъ Общества *В. М. Нечаевымъ* на тему: „Замѣчанія на книгу V Проекта Гражданскаго Уложенія—обязательственное право. Раздѣлъ 1-ый—обязательства вообще". Введеніемъ въ эту бесѣду служилъ сдѣланный въ семъ засѣданіи на означенную тему докладъ В. М. Нечаева, въ которомъ изложено слѣдующее:

Въ началѣ своего доклада В. М. Нечаевъ указалъ на связь, существовавшую постоянно между юридическимъ обществомъ и комиссіей по составленію проекта гражданскаго уложенія и вытекающую отсюда обязанность общества подвергнуть разсмотрѣнію въ своихъ засѣданіяхъ выработанной комиссіей проектъ въ его окончательной формѣ. Сообщеніе В. М. Нечаева является первымъ опытомъ такого разсмотрѣнія. Избравъ его предметомъ общую часть обязательственнаго права, В. М. Нечаевъ остановился, тѣмъ не менѣе, на общей оцѣнкѣ работъ комиссіи, не нашедшихъ себѣ до сихъ поръ въ литературѣ полнаго и достаточно обстоятельнаго освѣщенія.

Проектъ комиссіи вырабатывался въ то время, когда съ полной ясностью опредѣлялась потребность реформъ во всѣхъ областяхъ русской гражданско-правовой жизни, и когда, съ другой стороны, условія для реформаторской дѣятельности были крайне неблагопріятны. Отсюда преувеличенныя ожиданія отъ новаго гражданскаго уложенія со стороны общества и крайняя затруднительность осуществленія этихъ ожиданій со стороны комиссіи. Въ литературѣ, оцѣнивавшей первую редакцію проекта, высказаны были

сужденія, неблагопріятныя для проекта и полныя упрековъ по отношенію къ комиссіи. Теперь, когда условія измѣнились, мы можемъ съ большей объективностью отнестись къ проекту и прежде всего отмѣтить важное значеніе произведенной комиссіей работы для русской жизни, науки и практики.

Комиссія произвела огромную работу пересмотра иностраннаго законодательства по гражданскому праву, въ значительной мѣрѣ литературы этого права, какъ западно-европейской, такъ въ особенности русской, дѣйствующаго законодательства и судебной практики. Уже одна эта работа дѣлаетъ трудъ комиссіи, независимо отъ ея результатовъ, въ высшей степени цѣннымъ пособіемъ при ознакомленіи съ современнымъ гражданскимъ правомъ и для теоретика, и для практика. Между прочимъ русскіе цивилисты-теоретики стоятъ далеко отъ русской судебной практики. Они по большей части изучаютъ русское право подъ угломъ зрѣнія западно-европейской науки. Имъ мало знакома даже русская кассаціонная практика; въ подлинникахъ ее они не изучаютъ, а комментаторскія изданія для цѣлей теоретическаго изученія недостаточны. Въ трудѣ комиссіи дѣйствующее право и практика изучены вполнѣ; постановленія проекта прежде всего опираются на результаты этого изученія и стоятъ въ непосредственной связи съ нимъ. Теоретикъ и практикъ, находятъ, поэтому, въ трудахъ комиссіи такое освѣщеніе дѣйствующаго русскаго права, какого они не найдутъ ни въ одномъ теоретическомъ трудѣ и ни въ одномъ комментаріи. Неудивительно поэтому, что выработанный комиссіей проектъ гражданскаго уложенія сдѣлался въ настоящее время настольной книгой и того, и другого.

Что касается самого проекта, какъ произведенія, имѣющаго стать закономъ, то къ нему могутъ быть предъявлены двоякаго рода требованія: во 1-хъ со стороны улучшенія содержанія дѣйствующаго права и во 2-хъ съ точки зрѣнія правильной формулировки имѣющихъ вступить въ силу нормъ, иначе говоря требованіе матеріальное и формальное.

Въ первомъ отношеніи юристы давно дошли уже горькимъ опытомъ до сознанія, что реформы въ области гражданскаго права не производятся кодификаціоннымъ путемъ, что кодификація является лишь завершеніемъ предшествующаго развитія права, реформированнаго путемъ политическимъ. Безъ реформъ послѣдняго рода кодификаторы могутъ произвести лишь незначительныя измѣненія въ дѣйствующемъ правѣ, главнымъ образомъ путемъ

устраненія совершенно отжившихъ институтовъ. На этотъ путь вступили и наши кодификаторы. Они внесли нѣкоторые институты въ семейственное право, исключили изъ вещнаго родовыя имущества и устранили всѣ архаизмы изъ наслѣдственнаго права, введя здѣсь также институты обязательной доли взамѣнъ родовыхъ имуществъ. Тѣ или другія измѣненія и новшества введены и въ другихъ отношеніяхъ: регулированъ институтъ вѣчно-наслѣдственной аренды, упрощены дѣйствующія постановленія крестьянскаго права, касающагося землевладѣнія и т. д.

Въ техническомъ отношеніи кодификаторы имѣли предъ собою новѣйшіе образцы западно-европейскаго творчества, гдѣ формулировка нормъ доведена до высшей степени совершенства, и гдѣ опредѣлилось уже нѣсколько направленій въ законодательной техникѣ. Составителямъ русскаго проекта, казалось бы, остается только выбрать то или иное направленіе и затѣмъ руководствоваться этими совершенными образцами. Однако и здѣсь дѣло русскаго кодификатора оказалось гораздо труднѣе, чѣмъ то можно было бы предполагать. Западно-европейская техника опирается на развитое законодательство въ другихъ областяхъ жизни, на упроченное правосознаніе и крѣпкій правовой порядокъ, а также на строго выдержанную практику, многіе представители которой обладаютъ выдающимся теоретическимъ образованіемъ. При такихъ условіяхъ концепція закона, его языкъ и директивы носятъ иной характеръ, чѣмъ тамъ, гдѣ законъ долженъ не только поддерживать правосознаніе и порядокъ, но и считаться съ неустойчивостью права въ другихъ областяхъ, гдѣ тонкая формулировка нормы даетъ лишь просторъ усмотрѣнію и произволу, и гдѣ вмѣсто намека, достаточнаго для теоретически-образованнаго юриста, приходится на каждомъ шагу ставить точки надъ і и давать нерѣдко совершенно грубые масштабы. Составителямъ русскаго проекта пришлось и въ этомъ отношеніи преодолѣвать огромныя трудности. Мы не доразвились до тонкой законодательной техники Запада, но мы и не нуждаемся въ грубыхъ поученіяхъ учебной книги. Для насъ нуженъ нѣкоторый средній путь, и его искали составители русскаго проекта.

Съ обѣихъ точекъ зрѣнія проектъ подлежитъ серьезной критикѣ. Теперь въ особенности умѣстна, независимо отъ заслугъ его творцовъ, критика съ точки зрѣнія строенія институтовъ права и содержанія нормъ. Предъ нами стоятъ теперь широкіе и новые запросы жизни, о которыхъ не думали составители проекта. Но ря-

домъ съ этимъ умѣстна и техническая критика проекта съ точки зрѣнія теоріи и практики. Въ виду указаннаго выше направленія проекта въ этомъ отношеніи возможно высказать много отклоняющихся отъ его рѣшеній точекъ зрѣнія.

Въ своемъ рефератѣ В. М. Нечаевъ не желалъ бы пока затрагивать тѣ части проекта, гдѣ матеріальная критика теперь должна выступить на первый планъ. Онъ избралъ, наоборотъ, предметомъ своего доклада обязательственное право, болѣе свободное отъ политическихъ тенденцій, гдѣ чисто юридическіе и техническіе вопросы стоятъ на первомъ планѣ. Разсмотрѣніе ихъ въ первую очередь способно, по мнѣнію В. М. Нечаева, гораздо болѣе объединить взгляды на проектъ, чѣмъ матеріальная критика другихъ частей проекта.

Обращаясь къ разсмотрѣнію проекта общей части обязательственнаго права, В. М. Нечаевъ указалъ прежде всего на недостатки *системы* расположенія постановленій этой части. Въ первоначальномъ проектѣ было предположено изложить постановленія о договорахъ впереди другихъ частей обязательственнаго права, при чемъ въ проектъ была введена ст. 3, поясняющая, что постановленія объ обязательствахъ изъ договоровъ примѣняются и къ обязательствамъ внѣдоговорнаго происхожденія, поскольку въ законѣ для послѣднихъ не постановлено изъятій. Послѣ сдѣланныхъ по этому поводу возраженій комиссія измѣнила порядокъ расположенія, исключила ст. 3, постановленія о договорахъ изложила въ особой, второй главѣ, а остальныя постановленія общей части распространены на всѣ обязательства. Но благодаря этому получилась несимметричность расположенія и односторонность постановленій общей части. О договорахъ, какъ источникѣ обязательствъ, содержится особая глава, а о происхожденіи другихъ обязательствъ не говорится ни слова. Въ западныхъ кодексахъ (Сакс., Швейц.) такой односторонности нѣтъ.

Переходя къ разсмотрѣнію статей общей части обязательственнаго права В. М. Нечаевъ остановился на ст. 1567 проекта, дающей опредѣленіе обязательства, въ отличіе отъ нѣмецкаго его понятія, примѣнительно къ англо-американскому праву, такъ какъ означенная статья воспроизводитъ въ сущности постановленіе Калифорнскаго гражданскаго уложенія. Признавая это опредѣленіе правильнымъ, докладчикъ находитъ, что при его принятіи необходимо было и въ дальнѣйшихъ статьяхъ держаться англійскаго пониманія обязательства. Это пониманіе стоитъ въ связи съ ученіемъ о другомъ элементѣ обязательства—его основаніи (consideration) и общимъ

вопросомъ объ абстрактныхъ и конкретныхъ обязательствахъ. Съ точки зрѣнія нѣмецкой конструкціи послѣдній вопросъ легко разрѣшается, такъ какъ правообразующее значеніе здѣсь придается волѣ лицъ; съ англо-американской же точки зрѣнія правообразующая сила лежитъ въ достаточномъ основаніи, и ученіе объ абстрактныхъ обязательствахъ здѣсь имѣетъ иную постановку. Русскіе кодификаторы не пожелали развить англо-американской теоріи, а въ дальнѣйшемъ, устранивъ нѣмецкое пониманіе обязательства, въ сущности стали на его точку зрѣнія. Отсюда рядъ неясностей, а среди нихъ первое мѣсто занимаетъ неопредѣленное отношеніе составителей проекта гражданскаго уложенія къ вопросу объ абстрактныхъ и конкретныхъ обязательствахъ, который, повидимому, совсѣмъ ими обойденъ.

По поводу второй половины статьи В. М. Нечаевъ замѣтилъ, что если доктринальныя опредѣленія изгоняются изъ кодексовъ, то едва ли умѣстны въ немъ простыя объясненія словъ, понятныя и безъ спеціальныхъ объясненій изъ ихъ смысла, а также изъ текста постановленій.

То же самое замѣчаніе приложимо, по мнѣнію В. М. Нечаева и къ ст. 1569, содержащей опредѣленіе односторонняго и двусторонняго договора. Въ современномъ правѣ всякій договоръ двусторонень да и для наличности договора необходимы двѣ стороны. Гораздо правильнѣе было бы говорить при принятомъ комиссіею опредѣленіи обязательства, какъ налагаемой закономъ обязанности, о двустороннемъ обязательствѣ, возникающемъ изъ договора. Въ германскомъ правѣ говорится объ обоюдномъ (gegenseitig) договорѣ именно въ этомъ смыслѣ, и при томъ здѣсь постановленія изложены примѣнительно къ исполненію договора, гдѣ имѣютъ мѣсто различія двухъ видовъ договора, а не въ общемъ опредѣленіи понятія обязательства.

Ст. 1571 русскаго проекта, по мнѣнію В. М. Нечаева, указываетъ на рѣзкое различіе техники германскаго и русскаго правового творчества. Означенная статья соотвѣтствуетъ 154 и 155 ст. герм. гражд. улож. Содержащаяся въ этихъ статьяхъ норма изложена въ германскомъ правѣ въ видѣ инструкціи судьѣ, въ качествѣ правила толкованія, въ русскомъ же проектѣ въ качествѣ положительнаго предписанія. Отсюда извѣстная обостренность русскаго постановленія, несоотвѣтствующаго потребностямъ жизни и могущаго привести къ несправедливымъ рѣшеніямъ.

Въ заключеніе первой части своего доклада В. М. Нечаевъ

остановился на ст. 1570 проекта, по которой признается дѣйствительнымъ всякій договоръ, соотвѣтствующій установленнымъ въ общей части обязательственнаго права правиламъ, если даже онъ не подходитъ ни подъ одинъ изъ установленныхъ типовъ договора. Подобной статьи нѣтъ ни въ одномъ изъ новыхъ уложеній. Существующіе типы договоровъ представляютъ собою въ сущности всѣ возможные случаи комбинацій обязательственныхъ отношеній, допустимыхъ при современной организаціи хозяйственной жизни, основанной на свободѣ личности и собственности. Отклоненія отъ этихъ типовъ обыкновенно затрагиваютъ или право личности, или существующую организацію собственности и другихъ, связанныхъ съ нею, формъ обладанія. Послѣднюю мысль В. М. Нечаевъ иллюстрировалъ разборомъ всѣхъ примѣровъ изъ русской практики, подавшей поводъ составителямъ проекта уложенія ко внесенію въ него этой статьи. Удержаніе этой статьи въ проектѣ докладчикъ находилъ тѣмъ болѣе вреднымъ, что вопросъ объ основаніи договора, способномъ быть мѣриломъ допустимости договорнаго сближенія, обойденъ составителями проекта. При такихъ условіяхъ окажутся имѣющими силу соглашенія, совершенно противорѣчащія праву или направленныя къ обходу закона, что также доказывается существующей русской практикой.

Докладъ В. М. Нечаева вызвалъ оживленныя пренія, въ которыхъ приняли участіе слѣдующія лица: І. А. Покровскій, М. Я. Пергаментъ, Г. С. Вольтке, В. В. Склифасовскій, Л. С. Таль и предсѣдатель М. М. Винаверъ.

Горячо привѣтствуя починъ В. М. Нечаева, поставившаго на обсужденіе собранія тѣ вопросы, надъ которыми необходимо подумать каждому юристу теперь же, чтобы серьезно отнестись къ тому моменту, когда встанетъ передъ нами вопросъ о превращеніи выработаннаго комиссіею законопроекта въ законъ,—*І. А. Покровскій* находилъ, что предложенная бесѣда заслуживаетъ особаго вниманія еще и потому, что въ ней выдвинуты юридическіе вопросы принципіальнаго характера. Среди нихъ наиболѣе важнымъ является вопросъ о томъ, нужно ли привлечь судью къ такъ называемому конкретному правотворенію. Въ виду укоренившейся въ Германіи, какъ и вообще въ Западной Европѣ, привычки судей пользоваться при разрѣшеніи дѣлъ конструктивными пріемами, Германское Уложеніе усвоило себѣ взглядъ на судью какъ на нѣкоторый

подвижной законотворящій факторъ; съ этой точки зрѣнія судья призванъ додѣлать in concreto то, чего не додѣлалъ законодатель. Соглашаясь съ докладчикомъ въ томъ, что въ нашей Редакціонной комиссіи замѣчается по этому вопросу нѣкоторое колебаніе, оппонентъ утверждаетъ однако, что Проектъ нашего Уложенія, къ сожалѣнію, сталъ на германскую точку зрѣнія и стремится расширить свободу судейскаго усмотрѣнія и привлечь судью въ качествѣ фактора правотворенія. Но къ этой тенденціи Проекта оппонентъ, І. А. Покровскій относится совершенно отрицательно. По его мнѣнію, если законодатель въ правѣ разсчитывать на творческую помощь судьи въ странѣ, вышколенной въ свободной борьбѣ за право, въ странѣ съ широкой гласностью и съ широкимъ контролемъ общественнаго мнѣнія, то во всякой иной странѣ, гдѣ этого нѣтъ, такая тенденція законодателя должна быть значительно сужена. Вопросъ объ отношеніи закона къ суду есть основной вопросъ законодательной техники, и если нельзя разсчитывать на судей, законодатель долженъ тутъ же предусмотрѣть все и все урегулировать, разсчитывая только на себя. Такимъ именно и долженъ быть русскій законъ. Далѣе, оппонентъ, не останавливаясь на томъ, вполнѣ правильномъ съ его точки зрѣнія, утвержденіи докладчика, что принятое въ Проектѣ расположеніе матерій въ системѣ обязательствъ не можетъ быть признано удачнымъ,—обратился къ вопросу о правильности принятаго Проектомъ англо-американскаго опредѣленія понятія „обязательство“. Въ опредѣленіи этомъ выдвинутъ на первый планъ элементъ долга, между тѣмъ какъ во всякомъ обязательствѣ оба элемента одинаково важны: ослабляя элементъ права, мы тѣмъ самымъ ослабляемъ и элементъ долга. Связывать вопросъ о преобладаніи того или иного элемента съ вопросомъ о каузальныхъ и абстрактныхъ обязательствахъ нѣтъ никакихъ основаній, такъ какъ оба эти вопроса разрѣшаются совершенно независимо другъ отъ друга. Переходя затѣмъ къ вопросу о недопустимости съ точки зрѣнія русскаго языка термина „односторонніе договоры“,—оппонентъ указалъ на то, что русскіе юристы уже привыкли оперировать съ терминомъ „односторонніе акты“. Конечно, для всякаго договора необходима наличность двухъ воль, однакожъ, съ точки зрѣнія *содержанія* обязательствъ, возлагаемыхъ договоромъ, договоръ можетъ быть или одностороннимъ, или двустороннимъ.

Разница между договорами односторонними и двусторонними сказывается не только тогда, когда рѣчь идетъ объ *исполненіи* обязательства, но и тогда, когда возникаетъ вопросъ о самомъ *бытіи* договора. Такъ напр., если произошла ошибка въ волѣ относительно одного обязательства, то въ синаллагматическомъ обязательствѣ, т.-е. въ двустороннемъ, падаетъ и другое обязательство, такъ какъ всякое двустороннее обязательство есть единое обязательство, а не сумма двухъ обязательствъ, и это необходимо выразить въ законѣ и именно въ общихъ положеніяхъ, а не въ отдѣлѣ объ исполненіи обязательствъ.

Оппонентъ закончилъ свои возраженія указаніемъ на недостаточную обоснованность положенія докладчика, будто система замкнутости типовъ, принятая въ вещномъ правѣ, можетъ быть проведена и въ правѣ обязательственномъ. Дѣйствующее нынѣ право придерживается такъ называемаго принципа частной автономіи, — т.-е. провозглашаетъ дѣйствительность всякихъ соглашеній, поскольку тѣ или иныя нормы закона не воспрещаютъ ихъ. Если законъ какой-либо типъ договоровъ признаетъ нежелательнымъ, то онъ долженъ прямо это и оговорить. Если же принять, что неподводимость договора ни подъ одинъ изъ типовъ, закономъ установленныхъ, поражаетъ его недѣйствительностью, то намъ грозитъ опасность, что инертность судьи, не жалающаго квалифицировать сдѣлку, не сразу подводимую подъ тотъ или иной типъ, будетъ вызывать собою отказъ въ правосудіи. Система замкнутыхъ типовъ, существующая нынѣ лишь въ отношеніи вещныхъ правъ, создана въ интересахъ третьихъ лицъ; несмотря однако на это, въ германскомъ правѣ сплошь да рядомъ признаются въ силѣ отдѣльныя частныя соглашенія, неподходящія ни подъ одинъ изъ вещныхъ типовъ, такъ какъ интересы третьихъ лицъ гарантируются тамъ не столько системой замкнутости, сколько занесеніемъ всякой сдѣлки вещнаго характера въ ипотечный указатель. Антонъ Менгеръ въ своемъ изслѣдованіи Гражданскаго права съ точки зрѣнія неимущихъ классовъ населенія, признавая систему замкнутости вещныхъ типовъ способомъ упроченія правящими классами своего господства надъ классами бѣднѣйшими, рекомендуетъ пролетаріату воспринять въ качествѣ своей боевой тактики систему замкнутыхъ типовъ обязательствъ; при этомъ онъ руководствуется тѣмъ соображеніемъ,

что неимущіе классы населенія не умѣютъ разбираться въ юридическихъ тонкостяхъ, однакожъ, это соображеніе едва ли убѣдительно, такъ какъ оно одинаково примѣнимо и для оправданія противоположнаго порядка вещей.

Присоединяясь къ выводамъ, сдѣланнымъ предшествующимъ оппонентомъ, *М. Я. Пергаментъ* находилъ, что causa сдѣлки, которая играетъ большую роль и въ Германскомъ Уложеніи, разрѣшается совершенно независимо отъ того, какъ мы разрѣшаемъ вопросъ о преобладаніи элемента долга въ обязательствѣ. Далѣе, оппонентъ высказался за удержаніе термина „односторонній договоръ", такъ какъ ясно, что всякій договоръ является двустороннимъ въ своемъ заключеніи, но можетъ оказаться одностороннимъ въ своемъ дѣйствіи. Приводя аргументы въ пользу замкнутыхъ обязательствъ, докладчикъ, по мнѣнію оппонента, черпалъ ихъ исключительно изъ сферы договоровъ вещныхъ и такимъ образомъ допустилъ смѣшеніе области правъ абсолютныхъ, т.-е. вещныхъ, съ областью правъ относительныхъ, т.-е. обязательственныхъ; переносить же аналогіи изъ одной области въ другую есть ошибка не только логическая, но и историческая, такъ какъ противоположеніе правъ вещныхъ правамъ обязательственнымъ есть великое историческое завоеваніе. То обстоятельство, что въ Проектѣ предусмотрѣно много новыхъ типовъ обязательствъ, которыхъ не знала X т. 1-я ч., не даетъ ровно никакихъ основаній къ отказу въ законной защитѣ сдѣлкамъ, въ Проектѣ не предусмотрѣннымъ. Нельзя забывать того, что признаніе обязательной силы за публичнымъ обѣщаніемъ награды было сдѣлано Сенатомъ при дѣйствіи I ч. X т., который этого типа сдѣлокъ не предусматривалъ, и, такимъ образомъ, безъ общаго принципа допустимости всякаго рода соглашеній нельзя было бы справедливо разрѣшить этотъ вопросъ. На почвѣ уваженія къ соглашенію, неподводимому ни подъ одинъ изъ существующихъ въ законѣ типовъ, разрѣшается означенный вопросъ, до введенія Gesetzbuch, и въ тѣхъ мѣстностяхъ Германіи, кодексы которыхъ не предусматривали публичнаго обѣщанія награды. Само собою разумѣется, такія сдѣлки, гдѣ нѣтъ эквивалента и въ которыхъ не соблюдена форма, установленная для сдѣлокъ абстрактныхъ, не должны быть признаваемы дѣйствительными, но не потому, что онѣ не подходятъ ни подъ одинъ изъ закономъ установленныхъ типовъ, а потому, что они без-

причинны, въ противномъ же случаѣ судъ не удовлетворитъ запросамъ жизни.

Мнѣніе докладчика о томъ, что при начертаніи Проекта наши члены Редакціонной комиссіи принимали въ разсчетъ психическія особенности русскаго судьи, М. Я. Пергаментъ признаетъ лишеннымъ всякихъ основаній. То обстоятельство, что тамъ, гдѣ Германское Уложеніе даетъ тонкую директиву судьѣ, тамъ русскій законопроектъ даетъ грубую догматику, объясняется скорѣе свойствами самихъ составителей того и другого кодексовъ, чѣмъ разницею въ психикѣ нѣмецкаго судьи и судьи русскаго. Безусловно нашъ Сенатъ оперируетъ грубѣе, чѣмъ Парижскій Cours de cassation, это объясняется только тѣмъ, что уровень развитія юридической мысли во Франціи гораздо выше, чѣмъ у насъ. Вообще я не думаю, чтобы составители Проекта сознательно задавались цѣлью такого или иного воздѣйствія на судей. Если бы русскій законодатель дѣйствительно считался съ психикой русскаго судьи, то онъ долженъ былъ бы выразиться гораздо яснѣе, гораздо конкретнѣе, чѣмъ онъ выразился въ Проектѣ.

Слѣдующій оппонентъ, *Г. С. Вольтке*, признавалъ желательнымъ оставленіе ст. 4 Проекта V кн. (ст. 1570) безъ всякихъ измѣненій. Россія переживаетъ коренную ломку и политическую и соціальную, такъ что законодательство всегда будетъ отставать отъ наростающихъ потребностей жизни,—поэтому, связывать судью строгими рамками догмы — едва ли цѣлесообразно.

В. В. Склифасовскій, возражая предшествующему оппоненту, находилъ, что русское законодательство во многихъ отношеніяхъ не только не позади, но даже значительно опередило русскую жизнь, такъ напр., гражданскій бытъ кочевыхъ инородцевъ, входящихъ въ составъ Имперіи, настолько отсталъ даже отъ нынѣ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, что не можетъ быть ими регулируемъ. Затѣмъ, оппонентъ указалъ на то, что наряду съ предусмотрѣнными въ Проектѣ двусторонними договорами слѣдовало-бы упомянуть и еще объ одномъ, новомъ типѣ обязательствъ, объ обязательствахъ многосторонихъ, которыя имѣютъ большое значеніе для неимущихъ классовъ. Вообще существуетъ весьма много обязательствъ, не нормированныхъ русскимъ закономъ, но признаваемыхъ за границею; эти формы сдѣлокъ могутъ быть переносимы и въ Россію: имъ нельзя отказать въ законной защитѣ.

Л. С. Таль находилъ что вопросъ о перфекціи, т. е. о томъ моментѣ когда предварительные переговоры сторонъ переходятъ въ обязательное для нихъ договорное соглашеніе, не слѣдуетъ осложнять тѣми директивами, которыя даются въ Германскомъ Уложеніи. Что же касается системы замкнутыхъ типовъ, то она ужъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть примѣнена къ сдѣлкамъ торговымъ: какъ напр. по Проекту Уложенія квалифицировать сдѣлки, заключаемыя съ конторой справокъ о кредитоспособности? Даже въ отношеніи вещныхъ правъ эта система не можетъ быть проведена послѣдовательно: правиломъ о томъ, что лицо, имѣющее какое-либо требованіе, касающесся опредѣленной вещи, въ правѣ удержать эту вещь, — Германское Уложеніе несомнѣнно отступилось отъ системы замкнутости вещныхъ правъ. Система эта не можетъ быть проведена и въ отношеніи обязательствъ семейственныхъ, гдѣ даже самое сложное законодательство не въ состояніи всего предусмотрѣть.

Предсѣдатель *М. М. Винаверъ*, сосредоточивая свое вниманіе на томъ, какъ разрѣшали составители Проекта вопросъ объ отношеніи законодателя къ судьѣ и какъ опредѣляли они сферу судейскаго усмотрѣнія,—заявилъ, что эта проблема повидимому никогда ими не ставилась въ такой категорической формѣ, и никакой апріорной, ясно поставленной идеи въ этомъ отношеніи не было; поэтому, хотя въ нѣкоторыхъ статьяхъ Проекта и можно усмотрѣть призывъ къ значительному расширенію судейскаго усмотрѣнія, однако жъ, въ цѣломъ рядѣ другихъ статей того-же Проекта ясно выражается и противоположный взглядъ — взглядъ на судью какъ на точнаго исполнителя буквы закона. Вообще, при оцѣнкѣ того или иного отдѣла Проекта, нельзя руководствоваться предполагаемымъ взглядомъ законодателя на состояніе русскихъ судовъ и на ту роль, которую они должны играть, примѣняя законъ. Тенденціи Проекта мѣняются отъ отдѣла къ отдѣлу, отъ главы къ главѣ, отъ автора одной записки къ автору другой. Это объясняется тѣмъ, что чрезмѣрное накопленіе иностраннаго опыта безъ должной систематизаціи его, внося черты эклектизма, лишали вырабатываемый Проектъ необходимаго единства основныхъ идей.

Переходя къ разрѣшенію вопроса о томъ, какихъ взглядовъ *долженъ* придерживаться русскій законодатель при опредѣленіи сферы судейскаго усмотрѣнія, М. М. Винаверъ находилъ, что слѣдовало бы отдать предпочтеніе взгляду на судью

какъ на точнаго исполнителя закона, такъ какъ, съ одной стороны, все равно нѣтъ такихъ опредѣленныхъ нормъ, отъ которыхъ судья не могъ бы отклониться, а съ другой—расплывчатость судебной практики слишкомъ опасна: это настоящая язва правосудія. Расплывчатость эта весьма незначительно ослаблена 40-лѣтней практикою Сената. Въ этихъ видахъ новый законъ обязанъ самъ начертать точныя и ясныя контуры правоотношеній, не призывая на помощь судейское усмотрѣніе.

Затѣмъ, М. М. Винаверъ находилъ, что, для всесторонней оцѣнки V книги Проекта, нельзя не отмѣтить, что составители 2-ой редакціи V книги Уложенія, къ сожалѣнію, приняли во вниманіе только тѣ болѣе поверхностныя замѣчанія, которыя относились къ мелкимъ подробностямъ, неудачнымъ выраженіямъ и т. п., замѣчанія же болѣе общаго характера, съ которыми связывалась коренная переработка всей системы обязательственнаго права въ Проектѣ,—были отброшены. Такъ напр., въ 3-ей ст. V кн. прежней редакціи было сказано, что Проектъ обязательственнаго права составленъ примѣнительно только къ обязательствамъ договорнаго происхожденія; такимъ образомъ общихъ правилъ для обязательствъ не давалось,—проектъ касался только одного вида обязательствъ; поэтому, если судья найдетъ, что данная статья, по природѣ своей можетъ относиться и къ обязательствамъ внѣдоговорнымъ, то примѣнитъ ее, если же нѣтъ, то вопросъ для него чрезвычайно осложнится. Составители проекта, такимъ образомъ, конкретизировали законъ, предоставляя судьямъ широкій просторъ для аналогій и всевозможныхъ обобщеній. Кромѣ этого возраженія, было поставлено въ укоръ и то, что въ общія правила объ обязательствахъ была введена и глава о договорахъ вообще т. е., между прочимъ и о договорахъ необязательственныхъ—договорахъ вещныхъ и наслѣдственныхъ. Въ виду этихъ замѣчаній можно было ожидать, что изъ общихъ правилъ объ обязательствахъ будетъ выброшено ученіе о договорахъ вообще. Между тѣмъ, составители Проекта ограничились только тѣмъ, что была выброшена 3-я статья. Никакихъ другихъ измѣненій не сдѣлано: по прежнему во всей общей части обязательственнаго права не содержится ни одной ссылки на непримѣнимость даннаго правила къ тому или иному недоговорному обязательству; точно также и во всемъ отдѣлѣ объ обязательствахъ недоговорныхъ нѣтъ ни одной ссылки на непримѣнимость къ данному

обязательству того или иного правила общей части. Въ новой редакціи не былъ исправленъ основной порокъ всей системы: нужно было говорить или о договорахъ вообще, а не только о договорахъ обязательственныхъ, или же только объ обязательствахъ, но уже не только договорныхъ, а объ обязательствахъ вообще. Порокъ въ самомъ началѣ сказывается во всѣхъ статьяхъ до самаго конца.

Точно также, Редакціонная комиссія совершенно пренебрегла и тѣми возраженіями, которыя въ свое время приводились противъ текста ст. 1 книги объ обязательствахъ. Не вдаваясь въ вопросъ о необходимости давать въ законѣ опредѣленія юридическихъ понятій, М. М. Винаверъ остановился лишь на вопросѣ о правильности даннаго въ Проектѣ опредѣленія понятія „обязательство“. Нельзя опредѣлять обязательство словомъ „обязанность“—словомъ того же корня, словомъ столь же абстрактнымъ и, пожалуй, еще болѣе туманнымъ. Категорія обязанности, въ этомъ опредѣленіи, снабжена придаткомъ „законная“, но отъ этого придатка первоначальная неясность только усугубляется. Прежде всего, какъ понимать это слово—въ смыслѣ-ли обязанности, предусмотрѣнной въ законѣ, или же въ смыслѣ обязанности, основанной на законѣ? Объяснительная записка указываетъ, что введеніемъ прилагательнаго „законная“ имѣлось въ виду отграничить обязательства отъ этическихъ обязанностей, но вѣдь, кромѣ обязанностей этическихъ или нравственныхъ, необходимо отмежеваться и отъ цѣлой массы другихъ обязанностей, къ которымъ вполнѣ примѣнимо слово „законный“, но которыя несомнѣнно выходятъ изъ круга обязательствъ, регулируемыхъ гражданскими законами,—таковы напр. обязанности публично-правовыя. Законныя обязанности къ передачѣ имущества и вообще къ совершенію дѣйствія входятъ вѣдь не только въ область гражданскаго права, но и въ область права публичнаго—и даже болѣе въ область послѣдняго, чѣмъ перваго, ибо именно въ сферѣ публичнаго права обязанности непосредственно вытекаютъ изъ закона и являются „законными“ въ точномъ смыслѣ этого слова. Конечно, слово „законная отвѣтственность“ можно толковать и распространительно, въ томъ смыслѣ, что „законъ ограждаетъ ея истолкованіе“, но такого вывода ни одинъ судья не сдѣлаетъ, при буквальномъ же его толкованіи это опредѣленіе окажется относящимся только къ весьма

ничтожному кругу такъ называемыхъ обязательствъ ex lege. Далѣе, ст. 1 опредѣляетъ предметъ обязательства какъ передачу имущества или совершеніе либо несовершеніе иного дѣйствія; но такъ какъ передача имущества есть одинъ изъ видовъ „дѣйствія“, то такая классификація предметовъ обязательствъ является совершенно неправильной; она можетъ быть объяснена лишь недовѣріемъ къ судьѣ, которымъ однако едва ли слѣдовало руководиться. Въ виду всего изложеннаго, слѣдуетъ признать, что 1-я ст., оставшаяся во 2-ой редакціи безъ измѣненій, не только не даетъ судьѣ ничего бо́льшаго въ смыслѣ отчетливости юридическихъ понятій, но запутаетъ даже то, что̀ казалось яснымъ для каждаго юриста-практика доселѣ. Докладчикъ критиковалъ преподанное въ 5 ст. Проекта V кн. дѣленіе договоровъ на односторонніе и двусторонніе, но только потому, что эта 5-я статья не связана съ 1 статьею той же книги,—однакожъ, въ такомъ случаѣ ужъ лучше пожертвовать 1-ой статьею (въ новой редакціи 1567 ст.), чѣмъ 5-ою, такъ какъ указанное въ послѣдней статьѣ дѣленіе договоровъ гораздо болѣе жизненно.

Обращаясь къ вопросу о системѣ замкнутыхъ типовъ обязательствъ, такъ называемаго numerus clausus, М. М. Винаверъ находилъ, что, конечно, закрывать списокъ договоровъ нельзя, но лишь при одномъ условіи: совершенства общей части обязательственнаго права; тогда можно было бы ограничиться общимъ правиломъ: „всякія сдѣлки, удовлетворяющія требованіямъ общей части, имѣютъ для сторонъ обязательную силу“. При отсутствіи же въ законѣ бщихъ условій дѣйствительности сдѣлокъ (напр. causa и т. п.) оставить типы подлежащихъ судебной защитѣ договоровъ на произволъ сторонъ значило бы допустить свободное вторженіе сдѣлокъ въ сферы, лежащія за предѣлами гражданскихъ правъ, значило бы оторвать гражданское право отъ той чисто хозяйственной сферы, съ которой оно всегда должно быть связано.

Въ отвѣтъ на вышеприведенныя возраженія, *В. М. Нечаевъ* сдѣлалъ оговорку, что предложенный имъ докладъ потому и названъ былъ имъ бесѣдою, что въ немъ были намѣчены и такія точки зрѣнія, защищать подробный аргументаціей которыя онъ не брался, такъ какъ въ короткій промежутокъ времени ему пришлось, хотя и въ предѣлахъ 5 статей, гово-

рить по общимъ вопросамъ права. Сравнивая нашъ Проектъ съ Германскимъ Уложеніемъ, онъ находитъ, что это послѣднее въ большинствѣ случаевъ ставитъ судью подъ строгій контроль закона, въ которомъ основные принципы, долженствующіе быть заложенными въ основу правосудія, ясны, простыя же директивы даются только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда находитъ это удобнымъ. Составители же Проекта хотѣли избѣжать какъ излишней догматизаціи, такъ и остроты директивъ, поэтому они съ одной сторопы догматизировали директивы, а съ другой—нѣсколько смягчали догмы. Всѣ оппоненты высказались противъ директивнаго направленія и признавали желательнымъ создать въ самомъ же законѣ твердыя и ясныя конструктивныя правила и формы. Это было бы, конечно, очень хорошо, но, къ сожалѣнію, иная техника основана на горькомъ опытѣ, показавшемъ полную невозможность исчерпать сложныя отношенія современной жизни законодательными предписаніями и паденіемъ вѣры въ логическую систему „понятій“, могущихъ замѣнить для судьи директивы простыми выводами изъ этихъ понятій. Касаясь 4 ст. Проекта. (въ новой редакціи—ст. 1570), докладчикъ замѣтилъ, что онъ хотѣлъ указать только, что исключеніе этой статьи изъ проекта для русскаго судьи принесло бы большую пользу, пріучивъ его къ квалификаціи сдѣлокъ и къ толкованію ихъ въ связи съ опредѣленными формами обладанія и опредѣленными хозяйственными формами, которымъ долженъ соотвѣтствовать весь гражданскій правооборотъ. Вѣдь и въ римскомъ правѣ всѣ догматы подчинены были общему сдерживающему началу, выраженному въ самой классификаціи договоровъ на формальные, реальные и консенсуальные, изъ которыхъ каждый обнималъ опредѣленные типы соглашенія. Между тѣмъ, свобода сдѣлокъ, установленная въ 1 ч. X тома, совершенно отучила судью считаться съ конструкціею той сдѣлки, на которой основывается разрѣшаемое имъ исковое требованіе. Такимъ образомъ, замкнутость типовъ обязательствъ была бы полезна, какъ въ видахъ воспитанія юридической мысли въ странѣ, такъ и потому, что число имущественныхъ формъ въ настоящее время является въ сущности исчерпывающимъ и въ этомъ смыслѣ расширеніе типовъ сдѣлокъ приводило бы къ расшатыванію имущественнаго правооборота. Переходя къ вопросу о правильности преподаннаго въ 1 ст. Проекта опредѣленія

обязательства моментомъ обязанности, долга, докладчикъ замѣтилъ, что этос дѣлано подъ вліяніемъ Калифорнскаго Уложенія, которое представляетъ собою наиболѣе точное выраженіе принциповъ англійскаго обычнаго права. Въ этомъ Уложеніи обязательство разсматривается какъ *обязанность*, возлагаемая закономъ въ силу того, что одна сторона подала другой сторонѣ тотъ или иной поводъ къ возникновенію правъ сей послѣдней. Съ этой точки зрѣнія „всякій консенсуальный договоръ—представляетъ собою обѣщаніе, родящее законную обязанность, основанную на данномъ другою стороною основаніи: одна сторона обѣщаетъ выполнить извѣстное дѣйствіе за то, что другая обѣщаетъ ей предоставить это выполненіе,— одно обѣщаніе основано на другомъ обѣщаніи. Англійскія обязательства поэтому всегда конкретны, т. е. требуютъ эквивалента, дарственность же никогда не предполагается. Ихъ прототипъ римская система реальныхъ и консенсуальныхъ контрактовъ. Въ германскомъ же правѣ воля все покрываетъ: прототипомъ договора здѣсь является стипуляція; нѣмецкіе ученые говорятъ, что теперь форма стипуляціи отпала, и воля получила полную свободу. Отсюда ясно, что англо-американское право и право германское представляютъ собою двѣ совершенно различныя точки зрѣнія. Однакожъ, англо-американская точка зрѣнія въ нашемъ Проектѣ не выдержана, потому что она вообще менѣе популярна, чѣмъ германская. Переходя къ дѣленію договоровъ на двусторонніе и односторонніе, докладчикъ указалъ, что это германское дѣленіе взято составителями только съ точки зрѣнія исполненія договоровъ, а не ихъ заключенія или бытія; поэтому, такое дѣленіе только портитъ русскій юридическій языкъ, и его слѣдуетъ помѣстить во II главѣ—объ исполненіи договоровъ.

Въ заключительномъ своемъ словѣ предсѣдательствующій *М. М. Винаверъ* указалъ на то, что докладъ В. М. Нечаева является началомъ публичнаго обсужденія отдѣльныхъ статей Проекта. Необходимость теперь же осмотрѣться въ томъ Гражданскомъ Уложеніи, которое можетъ въ той, или иной формѣ войти въ дѣйствующій законъ, дѣлаетъ замѣчанія докладчика чрезвычайно важными и въ практическомъ отношеніи, поэтому и дальнѣйшія его замѣчанія несомнѣнно вызовутъ живой интересъ и благодарность общества.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

15-го февраля 1908 г.

Засѣданіе открыто въ 8¼ ч. веч.

Предсѣдательствовалъ предсѣдатель гражданскаго отдѣленія общества *М. М. Винаверъ*.

Предметомъ занятій служили „Замѣчанія на книгу V, раздѣлъ I, Проекта Гражданскаго Уложенія—объ обязательствахъ вообще" дѣйствительнаго члена общества *В. М. Нечаева*. (Продолженіе).

В. М. Нечаевъ изложилъ слѣдующее:

Продолжая разсмотрѣніе проекта общей части обязательственнаго права, начатое въ предшествующемъ засѣданіи Юридическаго общества, *В. М. Нечаевъ* привелъ дальнѣйшіе примѣры принятой составителями проекта техники и указалъ на редакціонныя исправленія, которыя должны быть по его мнѣнію, внесены въ постановленія стт. 1572—1581 и 1584—1588 проекта.

Въ стт. 1572 и 73 В. М. Нечаевъ отмѣтилъ неясность понятія „присутствующаго" и „отсутствующаго", могущую привести къ неправильному толкованію. Въ ст. 1573 говорится о заключеніи договора путемъ письма, телеграммы или „инымъ путемъ". Подъ „инымъ путемъ" можно, между тѣмъ, понимать и заключеніе договора по телефону или черезъ посредника. Первый случай—несомнѣнно, договоръ между присутствующими, но и посредническое участіе допустимо между присутствующими. Было бы правильнѣе, во избѣжаніе недоразумѣній, перечислить способы заключенія договора: по телефону, черезъ посыльнаго или посредника и т. д. По ст. 1573 сдѣланное отсутствующему лицу предложеніе ко вступленію въ договоръ сохраняетъ силу „до истеченія времени, необходимаго для полученія отвѣта". Въ германскомъ уложеніи сказано: „пока лицо, сдѣлавшее предложеніе, могло при обычныхъ обстоятельствахъ ожидать полученія отвѣта". Редакція проекта даетъ объективное и вмѣстѣ недостаточно опредѣленное предписаніе, редакція германскаго уложенія приглашаетъ судью войти въ ближайшее обсужденіе обстоятельствъ случая. По мнѣнію докладчика, вторая редакція заслуживаетъ предпочтенія.

Въ ст. 1581 число образцовъ подписаннаго договора поставлено въ связь съ двусторонностью договора, что является неправиль-

нымъ. Соотвѣтствующія статьи франц. кодекса (1325) и германскаго (126) выражаютъ желательную для составителей русскаго проекта мысль въ болѣе точной и болѣе отвѣчающей потребности формѣ. Если бы составители русскаго проекта провели послѣдовательно понятіе обязательства, какъ *обязанности* стороны, то они легко усмотрѣли бы, что подпись договора должна быть со стороны того лица, которое обязалось, что упростило бы редакцію статьи также сравнительно съ французскимъ и германскимъ кодексами. Можно было бы сказать: „договоръ, совершенный на письмѣ, долженъ быть подписанъ лицами, принявшими на себя, въ силу его постановленій, обязанности". Соотвѣтственно съ этимъ ст. 1582 могла бы быть совершенно исключена, такъ какъ приведенное правило имѣетъ силу одинаково какъ для односторонняго, такъ и двусторонняго договороа.

Перейдя ко второй половинѣ ст. 1584, докладчикъ указалъ на то, что въ то время какъ въ соотвѣтствующей (307) статьѣ германскаго уложенія отвѣтственность за вредъ и убытки при заключеніи договора, о невозможости исполненія котораго знала одна сторона, ставитъ въ зависимость не только отъ того, что сторона знала, но и *должна была знать* и ограничиваетъ возможность т. н. отрицательнаго интереса, вторая половина ст. 1584 требуетъ лишь знанія и не ограничиваетъ размѣра отвѣтственности. Причина и здѣсь лежитъ, согласно принятой техникѣ, въ желаніи выразить директивную норму германскаго уложенія въ категорической формѣ.

Тѣмъ же характеромъ отличается ст. 1588. Согласно соотвѣтствующей германской статьѣ въ томъ случаѣ, если опредѣленіе содержанія удовлетворенія предоставлено одной изъ сторонъ, то „при сомнѣніи предполагается, что опредѣленіе должно послѣдовать согласно требованіямъ справедливости... Если удовлетвореніе не соотвѣтствуетъ справедливости, то предметъ удовлетворенія опредѣляется судебнымъ рѣшеніемъ". Русскій проектъ устраняетъ всѣ тонкости германской мысли и постановляетъ точную норму; въ случаѣ отказа стороны отъ исполненія или допущенія медленности, а также несоразмѣрности (?) возложеннаго вознагражденія, размѣръ вознагражденія опредѣляется судомъ".

Во второй части своего доклада В. М. Нечаевъ подробно остановился на первой половинѣ ст. 1584 о предметѣ договора и въ частности на вопросѣ объ имущественномъ и неимущественномъ характерѣ предмета обязательства.

Докладчикъ настаивалъ здѣсь прежде всего на томъ, что понятіе предмета *договора* должно быть замѣнено понятіемъ предмета *обязательства* и помѣщено въ общихъ постановленіяхъ объ обязательствахъ, а не въ постановленіяхъ о договорахъ, какъ одномъ изъ источниковъ обязательства. Перейдя затѣмъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, нужно ли упоминать объ имущественномъ и неимущественномъ характерѣ обязательствъ въ кодексѣ, В. М. Нечаевъ указалъ на тѣ колебанія въ нѣмецкой практикѣ, которыя вызваны умолчаніемъ германскаго уложенія по этому вопросу, а также неустановленность и теоретической точки зрѣнія по этому вопросу. Въ теоріи права защитники допустимости неимущественнаго интереса въ обязательствѣ часто совсѣмъ игнорируютъ опасныя стороны этой допустимости и обыкновенно совсѣмъ не формулируютъ условій ея. Между тѣмъ, несомнѣнно, что значительное количество обязательствъ неимущественнаго характера представляютъ собою ничто иное какъ не опирающееся ни на какое достаточное основаніе вторженіе въ сферу личной свободы обязавшагося со стороны постороннихъ лицъ и потому совершенно недопустимы (обѣщаніе не курить, не предпринимать поѣздокъ въ опредѣленную мѣстность и т. д.). Свобода распоряженія допустима только по отношенію къ имуществу. Исключенія изъ этого правила допустимы лишь въ томъ случаѣ, когда путемъ ограниченія личной свободы достигается охрана болѣе важныхъ интересовъ самой личности при другомъ имущественномъ договорѣ или по требованіямъ общаго блага (обѣщанію не курить въ данномъ помѣщеніи во избѣжаніе порчи воздуха, не держать въ квартирѣ собакъ и т. д.). Такого рода обязательство неимущественнаго характера предполагаетъ всегда соотвѣтствующее обязательство съ другой стороны или опредѣленную публичную выгоду для обязывающагося. Отсюда необходимость взаимности обязательствъ или наличности *серіознаго основанія* для дачи обязательства. Санкціей такого рода обязательствъ можетъ быть или расторженіе имущественнаго договора, на который опирается неимущественный, съ уплатой соотвѣтствующихъ ущербовъ или неустойки. Но ошибочно и мнѣніе тѣхъ, которые утверждаютъ, что неимущественное обѣщаніе, не опирающееся на имущественный договоръ или не имѣющее подъ собой основанія въ лицѣ принимающаго обѣщаніе имѣетъ юридическую силу, если въ договорѣ установлена неустойка. Неустойка есть средство возмѣщенія ущерба и предполагаетъ наличность такового; неустойка безъ ущерба

есть средство порабощенія личности. Англо-американская система со своей теоріей договора и допущеніемъ неустойки только какъ высшаго размѣра оцѣнки убытковъ, гораздо лучше разрѣшаетъ всѣ трудности, связанныя съ неимущественными обязательствами, чѣмъ господствующія нѣмецкія теоріи. Въ доказательство этихъ мыслей докладчикъ привелъ рядъ примѣровъ изъ практики и литературы и разсмотрѣлъ, между прочимъ, противоположную точку зрѣнія, выраженную въ статьѣ *М. М. Винавера* въ „Вѣстн. Права" за 1904 г. № 1.

Докладъ В. М. Нечаева вызвалъ весьма оживленныя пренія, въ которыхъ приняли участіе: І. А. Покровскій, М. Я. Пергаментъ, Л. С. Таль и предсѣдатель М. М. Винаверъ.

І. А. Покровскій, находя, что говорить о редакціонныхъ поправкахъ въ текстѣ отдѣльныхъ статей—излишняя роскошь, пока не будутъ разрѣшены вопросы принципіальные,—сосредоточилъ всѣ свои возраженія на вопросѣ объ обязательствахъ неимущественнаго характера. Въ Германскомъ Уложеніи вопросъ этотъ оставленъ открытымъ (§ 241). Въ протоколахъ же сужденій 2-й комиссіи объ Entwurf'ѣ, по вопросу о допустимости упомянутыхъ обязательствъ, занята была вполнѣ ясная и совершенно опредѣленная позиція въ смыслѣ признанія дѣйствительности всякихъ обязательствъ неимущественнаго характера, поскольку они не противорѣчатъ добрымъ нравамъ и велѣніямъ закона.

Изучая юридическую природу неимущественныхъ обязательствъ, необходимо различать два вопроса,—вопросъ о возможности включенія въ договоръ обязательства неимущественнаго и вопросъ о возмѣщеніи неимущественнаго вреда, понесеннаго отъ неисполненія обязательства. Напр., если кто-нибудь заблаговременно закажетъ номеръ въ гостиницѣ на ночь, но къ назначенному часу этотъ номеръ окажется занятымъ другимъ лицомъ, такъ что лицо, заказавшее номеръ принуждено будетъ всю ночь провести на улицѣ, — то какъ быть съ вопросомъ о возмѣщеніи неимущественныхъ убытковъ, несомнѣнно понесенныхъ въ этомъ случаѣ заказчикомъ? — какъ быть съ неимущественнымъ интересомъ, если онъ прилростаетъ къ тому или иному обязательству? Вопросъ этотъ находится въ тѣсной связи съ другимъ вопросомъ: слѣдуетъ ли вообще признавать дѣйствительность обязательствъ и договоровъ о дѣйствіяхъ неимущественнаго характера?

Путемъ исторической эволюціи обязательственное право

постепенно превратилось въ право лица къ имуществу своего контрагента. Благодаря condemnatio pecuniaria, обязательство становится средствомъ къ полученію изъ имущества обязавшагося извѣстной суммы,—такимъ путемъ отвѣтственность по обязательству постепенно отвращалась отъ личности должника, направляясь исключительно на имущество его. Однакожъ отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы можно было разсматривать обязательство какъ форму полученія извѣстной цѣнности изъ имущества должника и чтобы элементъ имущественной цѣнности былъ существенной принадлежностью всякаго обязательства. Есть обязательства, которыя *осуществляются* независимо отъ характера *взысканія*. Таково, напр., право члена корпораціи требовать допущенія къ участію ея въ общемъ ея собраніи, въ голосованіи и т. п.; этому праву соотвѣтствуетъ несомнѣнная обязанность корпораціи *допускать* своихъ членовъ въ собранія и т. п. Такого же характера и *право на имя:* нарушеніе этого права можетъ имѣть и имущественныя послѣдствія, но вѣдь не для этихъ же имущественныхъ послѣдствій установлено право на имя! Возможна санкція обязательствъ неимущественныхъ и помимо какихъ-либо имущественныхъ взысканій: даже простая pronunciatio въ судебномъ приговорѣ могла бы имѣть весьма серьезное мотиваціонное значеніе. Вносить понятіе имущественнаго взысканія въ составъ элементовъ обязательства,—значило бы искажать его природу.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда неисполненіе обязавшимся условленнаго въ договорѣ *неимущественнаго дѣйствія* причиняетъ контрагенту *убытки имущественные*,—случайность имущественнаго признака въ обязательствѣ обнаруживается особенно ярко. Таково, напр., обязательство сожителя не курить при извѣстныхъ условіяхъ: обязательство это лишено имущественнаго характера, и если оно по этому признается ничтожнымъ, то о взысканіи за убытки отъ неисполненія,—и рѣчи быть не можетъ; а между тѣмъ, эти убытки могутъ выразиться въ опредѣленной денежной суммѣ: сожитель обязавшагося, не вынося табачнаго дыма, принужденъ будетъ съѣхать съ квартиры, что всегда бываетъ сопряжено съ извѣстными расходами; такъ какъ куреніе не составляетъ деликатнаго базиса для взысканія этихъ расходовъ, то значитъ, они могутъ быть возмѣщены только въ томъ случаѣ, если будетъ признана дѣйствительность обязательства воздержаться отъ куренія.

Обращаясь къ вопросу о неустойкѣ, І. А. Покровскій находилъ, что если неустойка обезпечиваетъ дѣйствіе, не противное добрымъ нравамъ или закону, то хотя бы это дѣйствіе было и неимущественнаго характера,—неустойка должна быть признаваема дѣйствительною. Но если не признавать обязательствъ, лишенныхъ имущественнаго интереса, то слѣдуетъ отвергнуть и такія изъ этихъ обязательствъ, которыя обезпечены неустойкою. Англо-американская неустойка есть способъ обезпеченія главнаго обязательства, но если это коренное обязательство, само по себѣ, ничтожно,—то и неустойка должна быть признана ничтожною. По поводу обязательства дамы протанцовать съ извѣстнымъ лицомъ вальсъ или не опоздать къ обѣду, Эндеманъ находитъ, что такое обязательство ничтожно, такъ какъ тутъ нѣтъ достойнаго охраны интереса. Но это—опасный путь. Законъ имѣетъ средства отрицательными признаками ограничить сферу интересовъ, достойныхъ охранѣ, предоставлять же этотъ вопросъ свободному усмотрѣнію судьи не слѣдуетъ. Опека суда надъ волею сторонъ, признавшихъ данный интересъ важнымъ и существеннымъ для себя,—представляется весьма нежелательною. Государство должно ограничить свое вмѣшательство точными и опредѣленными на будущее время предѣлами. Съ точки зрѣнія юридической политики, если и нужна опека надъ гражданами въ сферѣ частнаго оборота, то только законодательная, но не судебная. Идеальныя блага въ культурномъ народѣ пріобрѣтаютъ все большее и большее значеніе, поэтому и гражданское право должно ограждать не только имущественные интересы гражданъ, но и культурные ихъ интересы, — должно охранять не только блага экономическія, но и идеальныя блага. Въ виду изложеннаго, слѣдуетъ признавать дѣйствительнымъ всякое обязательство на неимущественное дѣйствіе и вознаграждать за имущественный ущербъ, послѣдовавшій отъ неисполненія такого дѣйствія. Если же свое неимущественное обязательство стороны обезпечили еще и неустойкой, то рѣшительно недопустимъ еще какой-то контроль со стороны суда по вопросу о томъ, является ли достойнымъ охраны интересъ, обезпеченный неустойкою?

М. Я. Пергаментъ находилъ, что весьма низкій сравнительно съ Германскимъ Уложеніемъ уровень законодательной техники, сказавшійся въ нашемъ Проектѣ, объясняется лишь

отсутствіемъ достаточнаго опыта въ этомъ отношеніи. Соглашаясь съ докладчикомъ, что въ статьяхъ закона о заключеніи договоровъ между присутствующими и между отсутствующими (ст. 1572 и 1573 Проекта), должна быть особая оговорка относительно договоровъ, заключаемыхъ посредствомъ телефона, — оппонентъ находилъ однако, что, случай заключенія договора чрезъ телефонъ *повѣренными* сторонъ не представляетъ собою никакихъ особенностей, а потому, упоминать о немъ въ законѣ нѣтъ никакой надобности. Обращаясь къ вопросу о подписаніи двустороннихъ договоровъ обѣими сторонами, а односторонпихъ—только должникомъ,— оппонентъ находилъ, что если понимать двусторонній договоръ какъ договоръ, въ которомъ интересъ имѣется и на той и на другой сторонѣ (ср. Гр. Кодексъ Наполеона ст. 1325), то приводимые докладчикомъ примѣры договоровъ ссуды и поклажи— окажутся неподходящими. По этимъ договорамъ можетъ возникнуть отвѣтственность не только поклаже и ссудо-принимателей, но и отвѣтственность поклаже и ссудодателя,—поэтому, нѣтъ никакихъ основаній въ этихъ договорахъ ограничиваться только одной подписью. Сдѣланная въ Германскомъ Уложеніи по вопросу объ отвѣтственности за убытки стороны, знавшей о невозможности предмета договора — вставка: „не только зналъ, но и долженъ былъ знать“ (ст. 307 B. G. B.),—представляется излишнею. Вопросъ о дѣйствительности договора крестьянъ со знахарями о ниспосланіи дождя—былъ бы исчерпанъ, если бы дѣйствія знахаря подвести подъ начала обмана. Переходя къ вопросу о ст. 1588 Проекта, слѣдуетъ признать ея редакцію вполнѣ правильной. Правило Германскаго Уложенія объ опредѣленіи размѣра вознагражденія, неопредѣленнаго въ договорѣ,— „*по справедливости*“,— (ст. 315) едва ли представляется удачнымъ: по всякому договору нужно платить по справедливости, но объ этомъ нѣтъ надобности говорить въ особой статьѣ, такъ же, какъ нѣтъ надобности помѣщать въ законѣ правила: суди по справедливости.

Соглашаясь съ І. А. Покровскимъ, оппонентъ находилъ, что мысль объ имущественномъ элементѣ обязательствъ зародилась въ процессѣ и оттуда была перенесена въ сферу права матеріальнаго. Однакожъ, въ настоящее время мы и въ процессѣ замѣчаемъ нѣкоторый поворотъ въ сторону защиты неимущественныхъ интересовъ какъ таковыхъ. Французскіе судьи

нерѣдко присуждаютъ отвѣтчика къ выполненію дѣйствій неимущественныхъ: выполнить условленный литературный трудъ, сообщить что-либо и т. п. Такія судебныя рѣшенія имѣютъ видъ pronunciatio: если же ты не выполнишь этого—restituas,—то тебѣ грозятъ такія-то невыгодныя послѣдствія. Здѣсь судья изъ своего пониманія жизни долженъ установить соотвѣтственную норму штрафа. Изъ сферы неимущественныхъ обязательствъ Дернбургъ выдѣляетъ такъ называемыя свѣтскія обязательства—Gesellschaftichkeitspflcht и ставитъ ихъ въ связь съ субъективною имущественною оцѣнкою. Эта субъективная имущественная оцѣнка выражается часто въ неустойкѣ, которая и призвана par excellence выражать именно такую субъективную оцѣнку. Въ римскомъ правѣ не признавались договоры въ пользу третьихъ лицъ,—по этому они обыкновенно обезпечивались неустойкою, и тогда они должны были признаваться дѣйствительными. Обращаясь къ вопросу о правильности рѣшенія Гр. Касс. Деп. Сената 1903 г. № 83, признавшаго, что, поскольку дѣйствіе не имѣетъ имущественнаго интереса, постольку же и обезпечивающая его неустойка является недѣйствительною,— слѣдуетъ замѣтить, что русская неустойка, есть неустойка карательная, а не компенсирующая убытки. Въ § 343 Германскаго Уложенія принимаются во вниманіе всякіе, а въ томъ числѣ и неимущественные интересы вѣрителя,—эта вставка была сдѣлана лишь во 2-й редакціи Entwurf'a. Признавая необходимымъ предоставить судьѣ больше свободы усмотрѣнія, чѣмъ предлагается І. А. Покровскимъ,—оппонентъ находилъ, однако, что все таки воля сторонъ представляется рѣшающею тамъ, гдѣ есть возможность объективно оцѣнить интересъ обязательства.

Л. С. Таль находилъ, что вопросъ о предѣлахъ допустимости неимущественнаго предмета договора ни въ литературѣ, ни въ законодательствѣ не разрѣшается съ достаточной убѣдительностью. Вопросъ этотъ находится въ совершенно хаотическомъ состояніи и, вслѣдствіе неправильной своей постановки, трактуется или слишкомъ широко, или слишкомъ узко. Можетъ ли быть предметомъ договора только имущественный интересъ, или же и интересъ нравственный? Такъ ставился вопросъ въ римскомъ правѣ, такъ онъ ставился и тѣми философами права, которые разсуждали о границѣ областей права и морали. Область интересовъ вообще безпредѣльна; необходимо устано-

вить грань, за которою сдѣлки обязательнаго характера не имѣютъ, за которою ограны власти должны отказывать имъ въ защитѣ. Здѣсь прежде всего нужно имѣть въ виду, что гражданское право, есть право оборота въ обширномъ смыслѣ, и тѣ предметы договоровъ, которые представляютъ собою какую-либо абстрактную цѣнность, хотя бы и неимущественную, но цѣнность съ точки зрѣнія оборота, съ точки зрѣнія общества, т. е. то, что нѣмцы называютъ Schutzwürdig съ точки зрѣнія гражданскаго оборота. Но, съ другой стороны, необходимо считаться и съ тѣмъ, что у индивида могутъ быть и такіе интересы, которые оборотной цѣнности не имѣютъ, но лично для него очень важны, — такіе интересы должны получить охрану, если они будутъ обезпечены въ формѣ неустойки. Въ вопросѣ о серьезности интереса суду должна принадлежать опекающая роль.

М. М. Винаверъ высказалъ слѣдующее. Вопросъ о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ, затронутый въ рѣшеніи Гражд. Кассаціоннаго Департамента Сената 1903 г. № 83, разрѣшенъ былъ въ томъ смыслѣ, что выговоренная сторонами неустойка не подлежитъ взысканію, если неисполненіемъ основного обязательства не нарушенъ имущественный интересъ истца. Обстоятельства, послужившія поводомъ къ этому сенатскому разъясненію, очень просты: при совершеніи запродажи лицо, пріобрѣтающее имѣніе, получило отъ продавца довѣренность на управленіе имѣніемъ, неуничтоженіе же этой довѣренности было обезпечено неустойкою. Говорить о томъ, что обезпеченное этой неустойкою обязательство лишено имущественнаго интереса, — не представляется достаточныхъ основаній. Уже въ той статьѣ, въ „Вѣстникѣ Права“, съ которою докладчикъ полемизировалъ въ своемъ докладѣ, оппонентъ указывалъ, что подобныя настоящей, на первый взглядъ неимущественныя, сдѣлки въ житейскомъ быту часто вызываются самымъ несомнѣннымъ имущественнымъ интересомъ и совершаются именно для огражденія этого имущественнаго интереса. Интересъ пріобрѣтателя по запродажной сдѣлкѣ сводится къ тому, чтобы гарантировать себѣ пользованіе предметомъ сдѣлки съ момента ея совершенія,—именно этотъ, весьма имущественный, интересъ и былъ обезпеченъ неустойкою. Далѣе Сенатъ видитъ въ такой сдѣлкѣ „стремленіе ограничить законную свободу собственника имѣнія въ уничтоженіи довѣренности“.

Однакожъ, лишеніе себя права управлять имѣніемъ пред ставляетъ собою предметъ многихъ дозволенныхъ закономъ сдѣлокъ (аренды и т. п.). Предѣлъ допустимости сдѣлокъ лежитъ не тамъ, гдѣ индивидуумъ ограничиваетъ себя въ своихъ частныхъ имущественныхъ правахъ, а въ правахъ публичныхъ: только тѣ сдѣлки ничтожны, которыя противны общественному порядку или добрымъ нравамъ. Если свобода уничтоженія довѣренности, свобода непосредственно управлять имѣніемъ будетъ введена въ сферу публичнаго порядка, публичныхъ правъ, то тогда стѣсненіе такой свободы окажется недопустимымъ ни въ какой сдѣлкѣ—ни въ имущественной, ни въ неимущественной. Въ рѣшеніи Сената допущена и другая ошибка: вѣдь весь смыслъ назначенія неустойки въ томъ и состоитъ, чтобы освободить стороны отъ необходимости доказывать наличность имущественнаго вреда, а въ нашемъ законѣ, гдѣ дѣйствительный, доказуемый имущественный убытокъ подлежитъ взысканію независимо отъ неустойки (ст. 1585), назначеніе неустойки имѣетъ по преимуществу такой характеръ. Переходя къ существу вопроса о томъ, можно ли обязательство съ неимущественнымъ предметомъ вводить въ гражданское право, М. М. Винаверъ находилъ, что это вопросъ систематики права. Здѣсь возможно поставить такой общій тезисъ: все, что имѣетъ касательство къ хозяйственнымъ интересамъ,—входитъ въ гражданское право; все же, что выходитъ за эту сферу, не можетъ подлежать цивильной охранѣ. При оцѣнкѣ такого, напр., обязательства: „обязуюсь предъ моимъ братомъ по часу гулять по правой сторонѣ улицы“,— вопросъ сводится не къ защитимости того или иного интереса, а къ тому, защитимъ ли онъ средствами и путями гражданско-правовыми, — не уклоняется ли онъ въ такой мѣрѣ отъ нормальныхъ гражданско-правовыхъ путей, что выгоднѣе, въ интересахъ систематики, предоставить защиту его другимъ органамъ и при помощи другихъ средствъ. Необходимо далѣе различать обязательства съ неимущественнымъ предметомъ и обязательства съ неимущественнымъ интересомъ, хотя бы предметъ ихъ былъ имущественный. Не удовлетворять этого послѣдняго интереса нельзя. Весь вопросъ какъ его оцѣнивать на деньги. Но если эту оцѣнку на деньги стороны сами впередъ установили, посредствомъ неустойки, то никакой судъ не въ правѣ допытываться у истца какой именно интересъ онъ

преслѣдовалъ,—угрожая въ противномъ случаѣ, какъ то сдѣлалъ Сенатъ въ 1903 г., заподазриваніемъ наличности интереса безнравственнаго. Отвергая обязательства съ неимущественнымъ интересомъ обезпеченнымъ неустойкою, пришлось бы вычеркнуть изъ нашего оборота массу правоотношеній. Нашъ русскій гражданскій бытъ стихійно ударился въ неустойку въ большей мѣрѣ, чѣмъ другія страны только потому, что залогъ у насъ плохъ, всякіе вообще способы обезпеченія договоровъ крайне затруднены. А между тѣмъ суды въ томъ числѣ и Сенатъ, не считаясь съ этимъ, даютъ волю своему отвращенію къ неустойкѣ, создавая для достиженія этой цѣли весьма сомнительную теорію объ имущественномъ и неимущественномъ интересѣ и предметѣ въ договорахъ. Можно бороться съ неустойкой только однимъ средствомъ: созданіемъ иныхъ болѣе совершенныхъ гарантій, обезпечивающихъ исполненіе гражданскихъ сдѣлокъ.

Въ отвѣтъ на возраженія докладчикъ *В. М. Нечаевъ* замѣтилъ слѣдующее. Статьи 1581 и 1582 Проекта говорятъ о подписаніи договора участвующими въ немъ лицами, между тѣмъ какъ здѣсь, очевидно, идетъ рѣчь о подписаніи договора по количеству сторонъ. Что же касается обязательствъ съ неимущественнымъ интересомъ, то они, разумѣется, допустимы. Задача доклада и состояла въ томъ, чтобы опредѣлить, какіе неимущественные договоры допустимы, какіе нѣтъ. Въ возраженіяхъ оппонентовъ отвѣтовъ на эти вопросы нѣтъ, между тѣмъ въ рефератѣ они даны. Соглашаясь съ тѣмъ, что та сдѣлка, о которой говорится въ рѣшеніи Сената 1903 г. № 83, относится къ области фидуціарныхъ сдѣлокъ и, съ этой точки зрѣнія, должна быть признана дѣйствительною, докладчикъ находилъ однако, что приведенныя въ томъ рѣшеніи общія соображенія не лишены убѣдительности. Многіе современные германскіе юристы, несмотря на постановленія B. G. B., и до сихъ поръ признаютъ недопустимость сдѣлокъ съ неимущественнымъ интересомъ. Какія бы неустойки ни были установлены для гарантіи обязательства даннаго лица не курить, не имѣть дѣтей и т. п., онѣ должны быть признаны ничтожными, какъ представляющія собою посягательство на личную свободу обязавшагося, но это касается лишь ограниченій абсолютныхъ. Ограниченія же относительныя могутъ быть допущены: такъ напр., если отказъ отъ куренія опирается на выгоды, которыя взамѣнъ этого получаетъ отказавшійся отъ сожительства

съ даннымъ лицомъ, то такой отказъ можетъ быть предметомъ обязательства. Запрещеніе брать чай въ томъ, а не иномъ магазинѣ представляется вообще недѣйствительнымъ, но если такое запрещеніе принято обязавшимся лицомъ въ интересахъ борьбы, т. е. въ интересѣ нравственномъ (бойкотъ), то такое запрещеніе можетъ быть предметомъ обязательства. Словомъ, всѣ обязательства неимущественнаго характера вполнѣ допустимы, за исключеніемъ тѣхъ, которыя имѣютъ своимъ предмстомъ ограниченія абсолютныя, такъ какъ они влекутъ за собою порабощеніе однимъ лицомъ другого лица безъ всякихъ основаній для сего послѣдняго. Моментъ основанія имѣетъ здѣсь весьма серьезное значеніе. Никакая неустойка не придастъ силы стѣсненію свободы, выраженному въ неимущественномъ обязательствѣ абсолютнаго характера, взамѣнъ котораго обязавшійся не получаетъ никакихъ выгодъ. Мнѣніе о томъ, что неустойка есть способъ правомѣрной борьбы за исполненіе принятыхъ обязательствъ, если таковое исполненіе не гарантировано другими способами общественной защиты обязательствъ,—едва ли основательно: неустойка можетъ служить правомѣрнымъ способомъ борьбы только при условіи, если она принадлежитъ постоянному контролю суда. Англо-американское право стоитъ на точкѣ зрѣнія запрещенія неустойки, такъ какъ обезпеченіе обязательствъ достигло тамъ весьма высокаго развитія. Въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ неустойка пока все еще носитъ штрафной характеръ, но и наше право придетъ къ понятію неустойки какъ эквивалента убытковъ отъ неисполненія договора. Въ заключеніе В. М. Нечаевъ замѣтилъ, что единственнымъ критеріемъ защитимаго интереса въ обязательствѣ является критерій англо-американскаго права, запрещающаго абсолютныя ограниченія и требующаго серьезнаго основанія для иныхъ, и что серьезныхъ возраженій противъ этого критерія до сихъ поръ приведено не было.

М. М. Винаверъ замѣтилъ, что разъясненія докладчика приводятъ къ заключенію, что англо-американскій критерій есть не что иное, какъ требованіе взаимности интересовъ. Но въ такомъ случаѣ достаточно ли, чтобы обязательству одного контрагента, положимъ, выкуривать не болѣе двухъ папиросъ, корреспондировала однородная обязанность другого контрагента выкуривать въ день тоже не болѣе извѣстнаго количества папиросъ? Очевидно, что поставленный въ зависимость отъ

такого признака принципъ теряетъ всякій опредѣленный смыслъ.

Л. С. Таль находилъ, что такое дѣйствіе, какъ некуреніе, не имѣетъ никакой цѣнности in abstracto, а потому обязательство, имѣющее своимъ предметомъ подобное дѣйствіе, не можетъ подлежать охранѣ, пока не будетъ снабжено неустойкою или другимъ имущественнымъ послѣдствіемъ.

М. Я. Пергаментъ находилъ, что англо-американскій критерій сводится къ тому, что нельзя себя связывать, если это порабощаетъ волю обязаннаго, но можно себя связывать, если обязующійся получаетъ за это извѣстную мзду. Сдѣлка, запрещающая извѣстному лицу куреніе папиросъ, вообще есть рабство, но если это лицо получаетъ какой-либо эквивалентъ, то такая сдѣлка дѣйствительна. Такимъ образомъ, англо-американская точка зрѣнія сводится только къ вопросу о выгодности даннаго самоограниченія для обязующагося. По вопросу о роли въ данномъ случаѣ неустойки точно также нельзя согласиться съ докладчикомъ,—исторія законодательства не подтверждаетъ его положенія будто неустойка штрафная постепенно переходитъ въ неустойку, какъ эквивалентъ убытка.

Въ заключительномъ словѣ предсѣдатель *М. М. Винаверъ* сгруппировалъ всѣ высказанныя по спорнымъ вопросамъ мнѣнія и указавъ на интересъ, вызванный докладомъ, предложилъ собранію выразить благодарность уважаемому докладчику.

Засѣданіе закрыто въ 12 ч. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

20-го марта 1908 года.

Засѣданіе открыто въ $8^1/_4$ ч. веч.

Предсѣдательствовалъ предсѣдатель гражданскаго отдѣленія общества *М. М. Винаверъ*.

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *Л. С. Таля*—Договоръ личнаго найма по Проекту Гражданскаго Уложенія".

Докладчикъ *Л. С. Таль* изложилъ слѣдующее:

Поводомъ къ настоящей бесѣдѣ послужило сдѣланное докладчику возраженіе на рефератъ, прочитанный имъ въ Юридическомъ Обществѣ въ прошломъ году „О юридической природѣ рабочаго

договора". Тогда говорили, что такого рода конструктивная работа малоцѣнна, пока она не будетъ провѣрена на какомъ нибудь положительномъ матеріалѣ; напр. на Проектѣ Гражданскаго Уложенія. Для провѣрки основныхъ тезисовъ, изложенныхъ въ упомянутомъ рефератѣ, докладчикъ взялъ именно Проектъ, въ виду его важности для дальнѣйшаго развитія нашего правового быта.

Несовершенства главы Проекта, касающейся личнаго найма, въ значительной мѣрѣ объясняются чрезвычайной сложностью и трудностью задачи охватить всѣ частности того института, который называется „личнымъ наймомъ". Составители Уложенія не справились съ этой задачей: они не уловили измѣнившихся условій жизни и значительно отстали отъ общаго теченія цивилистической мысли въ области договоровъ о трудѣ. Огромный бытовой матеріалъ по этому вопросу не былъ ими цивилистически продуманъ и остался у нихъ непереработаннымъ.

Дѣйствующее законодательство по вопросу о рабочемъ договорѣ распадается на общее и спеціальное. Общее законодательство всецѣло построено на римской классификаціи: locatio conductio operarum, locatio conductio operis и mandatum. Не говоря уже о томъ, что классификація эта сложилась при совершенно иныхъ экономическихъ и соціальныхъ условіяхъ—въ условіяхъ рабовладѣльческаго хозяйства,—нельзя не поставить въ упрекъ этому общему законодательству и того, что оно до сихъ поръ не выработало точныхъ критеріевъ для размежеванія установленныхъ имъ категорій. Что же касается спеціальнаго законодательства и связанной съ нимъ судебной практики, то тутъ мы находимъ цѣлый рядъ новыхъ цивильныхъ принциповъ. Хотя эти принципы соотвѣтствуютъ нуждамъ огромнаго большинства лицъ, отдающихъ свой трудъ, но дѣйствіе ихъ механически ограничено извѣстнымъ кругомъ лицъ или опредѣленной отраслью хозяйства. Эта аномалія объясняется тѣмъ, что каждый отдѣльный видъ рабочаго договора регулируется своимъ особымъ спеціальнымъ законодательствомъ, при чемъ выдѣленъ онъ изъ общей массы рабочихъ договоровъ не по признакамъ юридическаго правоотношенія, имъ создаваемаго, а по случайнымъ, внѣшнимъ экономическимъ признакамъ. Такимъ образомъ получились такіе, напр., виды рабочаго договора: наемъ горныхъ рабочихъ, сельско-хозяйственныхъ, фабрично-заводскихъ, наемъ на заводы казенные, артиллерійскіе и т. п. Законодательство, регулирующее тотъ или иной видъ рабочаго договора, въ качествѣ законодательства спеціальнаго, не

можетъ имѣть примѣненія къ лицамъ, отдающимъ свой трудъ приблизительно на равныхъ условіяхъ съ тѣми, кого имѣетъ въ виду это законодательство. Такимъ образомъ, исторически сложилась пропасть между отдѣльными категоріями наемныхъ договоровъ Новѣйшее законодательство стремится къ устраненію этой аномаліи: безъ всякой поддержки цивилистической науки и часто даже, вопреки выработаннымъ ею теоріямъ,—оно совершенно заново перестраиваетъ договоръ личнаго найма, *исходя изъ соціальныхъ функцій договоровъ въ современной хозяйственной жизни.*

Громадное большинство задачъ, выполняемыхъ хозяйственными субъектами, требуютъ участія постороннихъ силъ. Если эти постороннія силы включаются въ хозяйственный организмъ какъ прочныя его звенья, поглощаясь имъ въ такой мѣрѣ, что для обладателя этихъ силъ, т. е. лица, отдающаго свой трудъ, какъ хозяйственнаго субъекта, они сохраняютъ только побочное значеніе,—то создается *служебное* отношеніе нанявшагося къ нанимателю. Если же нуждающійся въ постороннемъ трудѣ обращается къ другимъ лицамъ за временнымъ содѣйствіемъ въ видѣ опредѣленныхъ услугъ, т. е. за такимъ содѣйствіемъ, которымъ рабочая сила послѣднихъ не поглащается,—то тогда наемъ не влечетъ за собою служебныхъ отношеній,—такой наемъ, въ отличіе отъ служебнаго найма, слѣдовало бы назвать особымъ терминомъ. Докладчикъ предлагаетъ назвать его „*наймомъ услугъ*“.

Наличность или отсутствіе элемента служебныхъ отношеній является тѣмъ юридически существеннымъ признакомъ, на которомъ только и возможно построить правильную классификацію рабочихъ договоровъ. Всѣ законные типы рабочихъ договоровъ—личный договоръ, подрядъ, порученіе, довѣренность, комиссіонерство, маклерство, издательскій договоръ, перевозка, возмездное храненіе и т. д. — должны быть расположены въ двѣ большія группы на основаніи указаннаго выше признака.

Служебный наемъ въ жизни преобладаетъ, ибо охватываетъ всю область договоровъ о трудѣ независимо отъ того, обѣщано ли вознагражденіе за работу или за ея продуктъ, и совершенно независимо отъ рода дѣятельности. Наемъ же услугъ, наоборотъ, занимаетъ сравнительно узкую область, ибо тутъ юридическая природа отношенія существенно мѣняется смотря по тому, обѣщана ли работа сама по себѣ, или же въ связи съ заранѣе намѣченнымъ результатомъ,—мѣняется она также и въ зависимости отъ рода дѣятельности.

Новѣйшія законодательства или нормируютъ наемъ служебнаго труда отдѣльно отъ найма самостоятельныхъ услугъ, или,—не раздѣляя ихъ,—фактически приспособляютъ постановленія закона о наймѣ труда къ потребностямъ лицъ, отдающихъ свою рабочую силу въ распоряженіе опредѣленнаго работодателя, вступая къ нему въ служебное отношеніе. Признаки этого служебнаго отношенія различными законодательствами опредѣляются различно:

Бельгійскій законъ 10 марта 1900 г., дѣйствующій наряду съ „Code Civil", не стремится охватить всю область труда, а имѣетъ въ виду только наемъ такъ называемыхъ „ouvriers", какое слово употребляется здѣсь въ болѣе узкомъ, техническомъ значеніи: законъ этотъ распространяется на тѣхъ, кто работаетъ подъ чужой властью, подъ чужимъ надзоромъ, но онъ не охватываетъ собою тѣхъ рабочихъ, которые работаютъ на дому, не состоя подъ надзоромъ работодателя.

Французскій законъ о contrat du travail говоритъ о томъ особомъ договорѣ, который не включенъ въ Code Civil, предусматривающій только louage du service. Въ законѣ этомъ сказано, что онъ распространяется на всѣхъ рабочихъ, кромѣ тѣхъ, кто обслуживаетъ *публику*—кто не связанъ съ опредѣленнымъ работодателемъ. Такое выраженіе, опредѣляющее кругъ лицъ, на которыхъ не распространяется этотъ законъ,—едва ли можетъ быть признано удачнымъ съ точки зрѣнія законодательной техники Мысль, лежащая въ основаніи закона, несомнѣнно правильна, но она плохо формулирована.

Въ новеллѣ 13 іюля 1907 года къ Голландскому гражд. улож. (ст. 1637 и 1637-а) сказано, что, кромѣ договора объ исполненіи отдѣльныхъ услугъ, которыя регулируются уложеніемъ, существуетъ еще два вида—рабочій договоръ и подрядъ. Рабочій договоръ—это такой договоръ, въ которомъ рабочій, *состоя на службѣ*, обязуется давать свой трудъ за опредѣленное вознагражденіе,—такимъ образомъ, о служебномъ наймѣ здѣсь говорится отдѣльно отъ найма услугъ, какъ и во всѣхъ вышеприведенныхъ законахъ.

Во *вторую* группу законодательствъ слѣдуетъ отнести прежде всего, Швейцарскій Проектъ (ст. 1369 и слѣд.), включающій въ рабочій договоръ и ученичество, которое не признается чистымъ типомъ личнаго найма. Въ отдѣльныхъ постановленіяхъ этого Проекта о наймѣ услугъ, видимо, уже забывается, и къ этого рода договору многія общія постановленія Проекта очевидно непримѣнимы.

Въ Венгерскомъ Проектѣ (ст. 1600 и 1625) замѣчается нѣкоторая неясность понятій, обусловливаемая омонимностью нѣмецкаго слова Dienst, которымъ обозначается и служба и услуга. Поэтому, на вопросъ о томъ, чѣмъ отличаются тѣ услуги, при которыхъ нѣтъ длящагося отношенія между работодателемъ и работникомъ, отъ тѣхъ услугъ, которыя вызываютъ собою это длящееся отношеніе,—въ Венгерскомъ Проектѣ отвѣта не имѣется.

Въ Германскомъ Bürgerliches gesetzbuch въ ст. 611 дается обычное опредѣленіе личнаго найма, а потомъ, въ ст. 64 и 622 дается опредѣленіе договоровъ, поглощающихъ всю или большую часть силъ лица, отдающаго свои услуги, т. е. создающихъ длящіяся отношенія. Во время преній по обсужденію проекта улож. въ комиссіи рейхстага представители соціалъ-демократической фракціи говорили, что общеимперскіе промышленные уставы охватываютъ не всѣ классы рабочихъ, а посему, если въ Гражд. улож. не будетъ соотвѣтствующихъ нормъ о рабочемъ договорѣ вообще, то многіе рабочіе договоры и по изданіи Гражд. улож. будутъ регулироваться партикуляризмами. Соглашаясь съ предложеніемъ соц.-демокр. фракціи, комиссія рейхстага однако ограничилась лишь платоническимъ пожеланіемъ создать со временемъ единое законодательство о рабочемъ договорѣ и выработать единую его конструкцію.

Нашъ Проектъ Гражд. Улож. составленъ подъ замѣтнымъ вліяніемъ Германскаго Гражд. Улож., но составители его, подъ давленіемъ практическихъ соображеній, безсознательно уклонились въ сторону приспособленія къ найму служебнаго труда, какъ это явствуетъ изъ опредѣленій ст. 1929, 1971, 1993, 2035 и 2076.

По Проекту, все отличіе личнаго найма отъ подряда сводится къ тому, что нанявшійся обязуется „предоставить свой трудъ“, а подрядчикъ—„исполнить опредѣленную работу“, т. е. работу опредѣленную конкретными видовыми признаками. Если не пополнить эти слова какимъ-либо опредѣленнымъ содержаніемъ, то разницы не окажется: вѣдь дающій опредѣленную работу — отдаетъ свой трудъ! Здѣсь казалось несомнѣнное вліяніе римскихъ — locatio conductio operarum и locatio conductio operis, однакожъ, яснаго критерія для разграниченія этихъ двухъ понятій—въ Проектѣ не дано.

Ст. 1929 хочетъ обнять всю область труда, т. е. соединить несоединимое—и служебный наемъ, и наемъ услугъ. Такая постановка неудовлетворительна уже потому, что обѣщаніе опредѣлен-

ныхъ услугъ за денежный эквивалентъ—съ одной стороны, и отдача въ распоряженіе другого всей или главной части рабочей силы—съ другой,—это не только два различныхъ фактическихъ состава, но и двѣ различныя формы отношеній между людьми, имѣющія только то общее, что обѣ онѣ суть договоры о трудѣ въ родовомъ его смыслѣ, гдѣ одна сторона обѣщаетъ работу, а другая—вознагражденіе. Глава Проекта о личномъ наймѣ представляетъ собою прокрустово ложе, слишкомъ широкое для однихъ случаевъ и слишкомъ узкое для другихъ. Въ этомъ убѣждаетъ насъ разборъ отдѣльныхъ постановленій. Напр., въ ст. 1934 сказано, что „за отсутствіемъ иного соглашенія, нанявшійся обязанъ исполнить договоръ лично и не въ правѣ, безъ согласія нанимателя, замѣнить себя другимъ лицомъ". Тутъ законъ, на случай молчанія договора, пытается опредѣлить презумптивную волю сторонъ согласно указаніямъ оборота. Однако, практическая жизнь подтверждаетъ правильность такого предположенія только относительно найма служебнаго, когда въ распоряженіе нанимателя отдается рабочая сила, и для него чрезвычайно существенно, чего онъ отъ нея можетъ ожидать и каковы ея индивидуальныя свойства. При наймѣ же опредѣленныхъ услугъ предположеніе это вѣрно только тогда, когда наниматель могъ разсчитывать на личныя способности нанявшагося, т. е. тамъ, гдѣ есть элементъ личнаго довѣрія. Въ хозяйственной жизни услуги, обѣщанныя лицами, отправляющими самостоятельный промыселъ, обыкновенно вовсе не исполняются ими лично: такъ, напр., трубочистъ, нанимаемый по годовому контракту, полотеръ, нанятый на мѣсяцъ, посыльный и т. п. сплошь да рядомъ замѣняютъ себя другими лицами. Поэтому, статью 1934 слѣдовало бы выразить такъ: „если при заключеніи договора не имѣлись въ виду личныя свойства нанявшагося, то послѣдній не обязанъ исполнять договоръ лично", и, соотвѣтственно этому, измѣнить и ст. 1940, заключающую въ себѣ корреспондирующее положеніе. На первый взглядъ, можетъ показаться, что 1940 статью можно исключить, какъ заключающую въ себѣ повтореніе общаго принципа, выраженнаго въ ст. 1680 о томъ, что требованія, неразрывно связанныя съ личностью вѣрителя, не подлежатъ уступкѣ,—но это не такъ: по договору личнаго найма вѣрителемъ оказывается не наниматель, а нанявшійся, такъ какъ онъ кредитуетъ свой трудъ. Поэтому, правило о непередаваемости необходимо оставить въ главѣ о наймѣ, но ограничить его лишь случаями найма служебнаго.

Ст. 1936 говоритъ о такъ называемомъ правѣ дирекціи, т. е. о правѣ нанимателя опредѣлять порядокъ и способъ исполненія работъ, входящихъ въ кругъ обязанностей нанявшагося. При служебномъ наймѣ нанимателю несомнѣнно принадлежитъ это право за исключеніемъ той сферы, въ которой нанявшійся является спеціалистомъ. При наймѣ же услугъ, наоборотъ, нанявшійся, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, будетъ руководствоваться обычными для данной дѣятельности пріемами и только при отсутствіи таковыхъ или ихъ неопредѣленности — указаніями нанимателя. И дѣйствительно, можно приказывать кучеру ѣхать быстрѣе или медленнѣе и т. п., но для извозчика приказанія сѣдока обязательны лишь настолько, насколько нѣтъ обычныхъ правилъ ѣзды.

Ст. 1938 говоритъ о „нанявшемся на службу въ торговомъ предпріятіи", т. е. о спеціальномъ видѣ служебнаго найма и уже по буквальному смыслу своему не можетъ имѣть примѣненія къ найму услугъ.

Въ ст. 1939 предполагаемая воля сторонъ опредѣляется,—какъ и въ вышеприведенныхъ статьяхъ,—указаніемъ, почерпнутымъ исключительно изъ области труда служебнаго. Лица, которыя обслуживаютъ публику и для которыхъ оказаніе услугъ составляетъ предметъ ихъ промысла, по общему правилу, пользуются собственными инструментами, а не ждутъ ихъ отъ нанимателя, если это не соотвѣтствуетъ обычаямъ оборота.

Ст. 1941 обязываетъ нанявшагося исполнить свою работу въ кредитъ, раньше, чѣмъ возникаетъ его право требовать вознагражденія за трудъ. Это правило, въ общемъ, соотвѣтствуетъ положенію нанявшагося, какъ менѣе надежной въ имущественномъ отношеніи сторонѣ. Однако, необходимо замѣтить, что, при служебномъ наймѣ, вознагражденіе имѣетъ нѣсколько иную природу, чѣмъ при наймѣ услугъ. При служебномъ наймѣ, нанявшійся долженъ получить не только эквивалентъ работы, но и возмѣщеніе израсходованной или оторванной отъ всякой другой хозяйственной дѣятельности рабочей силы. Этотъ алиментаціонный характеръ заработной платы учитывается новѣйшими законодательствами, напр., Швейцарскимъ (ст. 1380), указывающимъ, что наниматель долженъ выдавать нанявшемуся, по мѣрѣ его работы, авансы, необходимые для жизни. Выигралъ бы и нашъ Проектъ въ соціальномъ своемъ значеніи, если бы ввелъ подобный коррективъ къ правилу 1941 ст., отнеся его къ закопнымъ обязанностямъ нанимателя при служебномъ наймѣ.

Относительно ст. 1943 слѣдуетъ замѣтить, что руководство работою и доставленіе орудій, инструментовъ и другихъ приспособленій со стороны нанимателя, по общему правилу, встрѣчается только при наймѣ служебномъ. Законная обязанность нанимателя заботиться объ огражденіи нанявшагося отъ опасности для жизни и здоровья,—дополняемая соглашеніемъ сторонъ,—расширяется при наймѣ домашней прислуги (ст. 1963). Образцомъ правила 1943 ст. послужила 618 ст. Германскаго Bürgerliches gesetzbuch, въ сравненіи съ которой нашъ Проектъ значительно уже. Ст. 618 Герм. Улож. распространяетъ обязательныя заботы нанимателя и на помѣщеніе, относительно же лицъ, принятыхъ въ домъ, закономъ ограждается потребность въ отдыхѣ, а также нравственныя и религіозныя чувства нанявшагося, но—что самое главное—ст. 618 Герм. Улож. имѣетъ принудительный характеръ, между тѣмъ, какъ ст. 1943 Проекта совершенно лишена принудительной санкціи и поэтому не можетъ имѣть никакого значенія. Почему, въ отличіе отъ всѣхъ современныхъ законодательствъ, нашъ Проектъ ничѣмъ не гарантируетъ соблюденія нанимателемъ возложенныхъ на него въ ст. 1943—1945 заботъ,—на это нѣтъ никакихъ указаній въ Объяснительной запискѣ.

Ст. 1944 говоритъ о лицахъ, пользующихся жилищемъ и содержаніемъ въ семьѣ нанимателя,—т. е. опять таки имѣетъ въ виду служебный наемъ, и совершенно непримѣнима къ найму услугъ. Правило этой статьи представляетъ собою логическій выводъ изъ юридической природы служебнаго найма, и было бы желательно придать ему принудительный характеръ.

Ст. 1945 и 1946 представляютъ собою отступленія отъ общаго правила, выраженнаго въ ст. 1662. Эти отступленія логически вытекаютъ изъ природы *служебнаго* договора, въ силу котораго рабочая сила находится постоянно въ распоряженіи нанимателя. Естественно, что нанявшійся признается исполнившимъ договоръ, если онъ былъ наготовѣ со своей рабочей силой, но ему помѣшали примѣнить ее къ дѣлу. Говорить, что это является въ отношеніи къ рабочему „благотворительностью“,—какъ это сказано въ Объяснительной запискѣ,—значитъ не понимать природы личнаго найма, какъ договора обоюдно-возмезднаго. Однакожъ, правило 1945 ст., вполнѣ умѣстное при служебномъ наймѣ, непримѣнимо къ найму услугъ. При наймѣ услугъ, для такого отступленія отъ общаго правила ст. 1662 нѣтъ ни логическихъ, ни правно-политическихъ основаній, ибо тутъ отношеніе эквивалент-

ности. Хирургъ, приготовившій все для совершенія операціи, не вправѣ требовать вознагражденія за таковую, если онъ не успѣлъ сдѣлать ее за смертью паціента.

Ст. 1947 есть также не сингулярный законъ, а логическій выводъ изъ юридической природы служебнаго найма. Кратковременный перерывъ въ работѣ заболѣвшаго рабочаго не долженъ вызывать собою вычета изъ жалованья, подобно тому, какъ однодневный перерывъ въ пользованіи квартирою не даетъ права уплатить за квартиру меньше, чѣмъ было условлено. Однакожъ, примѣнять это правило къ лицамъ, обслуживающимъ многочисленныхъ кліентовъ, нѣтъ основаній тѣмъ болѣе, что обыкновенно услуги эти замѣнимы.

Приведенныя выше постановленія Проекта, по буквѣ и содержанію своему, разсчитаны исключительно на служебный наемъ. Но есть другая категорія постановленій Проекта, едва ли вообще цѣлесообразныхъ, но во всякомъ случаѣ не согласованныхъ съ интересами лицъ, вступающихъ въ служебное отношеніе. Такова, прежде всего, ст. 1933, составляющая собою частное примѣненіе правила ст. 1578 Проекта. Въ силу этой статьи, договоръ личнаго найма на сумму свыше 300 руб. долженъ быть удостовѣренъ на письмѣ. Практически это правило сводится къ недопущенію свидѣтельскихъ показаній въ подтвержденіе требованій, вытекающихъ изъ такого личнаго найма, условленное или годовое вознагражденіе за который превышатъ 300 руб. Не останавливаясь на вопросѣ о правильности общаго положенія, выраженнаго въ 1578 ст., требующей письменной формы для всякаго договора, превышающаго 300 руб., и вызвавшей разногласіе въ самой комиссіи и довольно единодушное неодобреніе въ печати,—слѣдуетъ замѣтить, что наименѣе цѣлесообразна обязательная письменная форма для сдѣлокъ, не затрогивающихъ даже косвенно интересовъ третьихъ лицъ или общества, для сдѣлокъ, совершаемыхъ очень часто и на болѣе или менѣе однородныхъ условіяхъ, такъ что въ оборотѣ успѣли сложиться опредѣленныя о нихъ представленія, въ особенности же для сдѣлокъ, заключаемыхъ экономически неравными сторонами, такъ что выборъ формы фактически зависитъ только отъ одной стороны. Всѣ эти условія, — за исключеніемъ развѣ перваго условія,—налицо при личномъ наймѣ и въ особенности при наймѣ служебнаго труда, для котораго житейски выработались уже извѣстныя нормы вознагражденія и обычныя условія. Вытекающіе изъ такого найма иски, въ громадномъ большинствѣ

случаевъ, приходится предъявлять нанявшимся, т. е. какъ разъ тѣмъ, кто фактически лишенъ права голоса въ выборѣ формы заключаемаго договора и, въ то же время, обязанъ по закону исполнить договоръ до полученія права на вознагражденіе. Что же касается нанимателя, то онъ, будучи обязанъ исполнить договоръ только послѣ того, какъ нанявшійся исполнитъ свои обязанности,—въ гарантіяхъ обыкновенно не нуждается... Обязательность письменной формы рѣзко противорѣчитъ воззрѣніямъ общества и потребностямъ оборота. Согласно 1931 ст., въ рядную плату зачитывается жилище и содержаніе. При такомъ разсчетѣ любая кухарка, нянька, дворникъ, подмастерье — получаютъ 300 руб. въ годъ. Во многихъ случаяхъ требованіе письменной формы считается неприличнымъ—напр., для домашняго врача, учителя, адвоката. Интересно отмѣтить, что требованіе письменной формы есть единственная принудительная норма во всей главѣ о личномъ наймѣ; наоборотъ, всѣ постановленія о содержаніи договора, даже о законныхъ обязанностяхъ нанимателя къ огражденію личности нанявшагося имѣютъ диспозитивный характеръ. На западѣ, въ романскихъ законодательствахъ, замѣчается въ настоящее время какъ разъ обратная тенденція по отношенію къ личному найму: Code Civil тоже требуетъ письменной формы для всѣхъ сдѣлокъ, превышающихъ 150 франковъ (ст. 1341), но всюду наряду съ нимъ дѣйствуютъ спеціальныя узаконенія, допускающія словесный наемъ слугъ и рабочихъ, судебная же практика всячески смягчаетъ требованіе письменной формы для другихъ случаевъ... Насколько обременительна обязательность письменной формы для нанимающихся,— видно уже изъ того, что во всѣхъ своихъ выступленіяхъ приказчики требуютъ уничтоженія этой формы, которая буквально душитъ ихъ.

Ст. 1935 содержитъ въ себѣ privilegium odiosum для нанявшагося. Въ общей части послѣдствія просрочки должника при двустороннемъ договорѣ опредѣлены въ ст. 1669 и 1671, въ силу которыхъ просрочка даетъ вѣрителю право назначить соотвѣтствующій обстоятельствамъ новый срокъ исполненія должникомъ своего обязательства. Въ силу же ст. 1935 просрочка даетъ нанимателю право отступиться отъ договора безъ назначенія дополнительнаго срока, не налагая на него обязанности доказать отсутствіе интереса въ болѣе позднемъ исполненіи или наличность убытковъ отъ опозданія. Такое отступленіе отъ общихъ правилъ для договоровъ, въ ущербъ нанявшемуся, лишено всякаго осно-

ванія и явно несправедливо въ тѣхъ случаяхъ, когда своевременному исполненію помѣшали какія-нибудь серьезныя, хотя и не случайныя причины,—напр., болѣзнь въ семьѣ, хозяйственныя осложненія и т. п.

Въ ст. 1951 срокъ отказа поставленъ въ зависимость отъ срока для разсчета. Это вполнѣ правильно при наймѣ услугъ. При служебномъ же наймѣ разрывъ служебныхъ отношеній ставитъ на карту все матеріальное существованіе нанявшагося. Установленіе срока вознагражденія фактически въ большинствѣ случаевъ зависитъ исключительно отъ нанимателя. Для лица, прослужившаго извѣстное время, право на заблаговременное предупрежденіе объ отказѣ вытекаетъ изъ требованій житейской этики и не должно зависѣть отъ чисто случайнаго момента—срока вознагражденія. Сроки предваренія тутъ должны соотвѣтствовать продолжительности истекшей службы. И въ самомъ дѣлѣ, человѣка, прослужившаго года три, предупреждать объ отказѣ отъ дальнѣйшей службы только за три дня и только потому, что расчетъ съ нимъ производился понедѣльно,—это едва ли справедливо. За три года службы нанявшійся уже оторвался отъ остальной хозяйственной дѣятельности, и ему нужно болѣе продолжительное время, чтобы найти себѣ новое мѣсто. Въ Швейцарскомъ Проектѣ (ст. 1392 и 1393) установленъ двухнедѣльный срокъ предупрежденія, если служба продолжалась меньше года, если же болѣе года, то—шестинедѣльный. Здѣсь же мы находимъ и еще два весьма цѣлесообразныхъ постановленія: 1) двухнедѣльный минимумъ не можетъ быть отмѣненъ частнымъ соглашеніемъ сторонъ и 2) установленъ календарный срокъ отказовъ, т. е. отказъ можетъ быть сдѣланъ не иначе, какъ къ первому числу ближайшаго мѣсяца. Этотъ календарный срокъ выставлялся какъ необходимая реформа—и нашими прикащиками. Трудно сказать съ достаточной увѣренностью о практическихъ удобствахъ календарнаго срока въ нашемъ быту, но a priori ясно, что если всѣ отказы пріурочить къ одному и тому же числу мѣсяца, то не будетъ перерыва ни въ пріисканіи мѣста, ни въ пріисканіи работника.

Въ ст. 1952 и 1953 нашъ Проектъ стремится дать исчерпывающій перечень поводовъ къ досрочному расторженію договора. Въ Западной Европѣ одни законодательства ограничиваются установленіемъ общаго правила, что договоръ можетъ быть расторгнутъ, если на это есть важныя причины, предоставляя Суду рѣшать основательность и уважительность повода въ каждомъ

конкретномъ случаѣ (напр., § 626 Bürgerliches Gesetzbuch). Другія законодательства, наоборотъ, перечисляютъ поводы исчерпывающимъ образомъ, третьи же указываютъ поводы, не признавая перечень ихъ исчерпывающимъ (голландскій законъ указываетъ 12 поводовъ со стороны нанимателя и 10—со стороны нанявшагося). Нашъ Проектъ пытается исчерпать всѣ поводы къ расторженію, но крайне неудачно, ограничиваясь лишь случаями неправомѣрныхъ дѣйствій противной стороны. Между тѣмъ, нельзя же забывать, что служебный наемъ захватываетъ всю личность нанявшагося; возможны непредвидѣнныя перемѣны условій его жизни, требующія прекращенія договора (напр., умеръ дворохозяинъ, заболѣла жена въ деревнѣ, сгорѣлъ домъ въ деревнѣ и т. п.). На это указывалъ К. И. Малышевъ, но комиссія отвергла его возраженія на томъ основаніи, что подобные поводы подходятъ подъ понятіе случайныхъ причинъ неисполненія договора. Однако это невѣрно: тутъ нѣтъ каузальнаго момента, невозможности исполнить договоръ тутъ нѣтъ, но тутъ житейскіе, этическіе мотивы могутъ быть чрезвычайно сильны. Поэтому, необходимо въ этомъ случаѣ дать нѣкоторый просторъ судейскому усмотрѣнію въ дополненіе къ перечню поводовъ, указанныхъ въ законѣ. Въ заключеніе нельзя не сказать, что поводы къ расторженію не могутъ быть одни и тѣ же при наймѣ служебномъ и при наймѣ услугъ.

Переходя къ вопросу о полнотѣ главы Проекта, посвященной личному найму, прежде всего нужно замѣтить, что въ этомъ отношеніи послѣдняя редакція Проекта нѣсколько отличается отъ первоначальной редакціи, гдѣ были двѣ спеціальныя статьи, касающіяся несовершеннолѣтнихъ (ст. 396 и 397 кн. V т. 2, изд. 1899 г.). Изъ нихъ ст. 396 перенесена въ книгу о семейственномъ правѣ, хотя она касается исключительно личнаго найма и преимущественно найма въ услуженіе. Это перенесеніе повлекло за собою одно повидимому совершенно неожиданное послѣдствіе: въ книгѣ о семейственномъ правѣ сказано, что всѣ постановленія о несовершеннолѣтнихъ примѣняются и къ подопечнымъ несовершеннолѣтнимъ, т. е. къ расточителямъ и сумасшедшимъ,—такимъ образомъ, расточители и сумасшедшіе имѣютъ право наниматься на тѣхъ же условіяхъ, какъ и несовершеннолѣтніе? Другая статья о несовершеннолѣтнихъ — ст. 397 совершенно исключена изъ Проекта. Это пожалуй и хорошо, такъ какъ она заключала въ себѣ nonsens, однакожъ, слѣдовало бы въ Проектъ включить ея

негативъ, правило противоположное ей, т. е. что нанявшійся несовершеннолѣтній *можетъ получить* вознагражденіе на руки, такъ какъ, въ противномъ случаѣ вопросъ о правѣ несовершеннолѣтняго распоряжаться трудовыми заработками останется открытымъ. Хотя такое право и вытекаетъ логически изъ права наниматься, но лучше было бы ясно оговорить это въ законѣ на случай, если родитель или опекунъ не ограничилъ своего разрѣшенія или живетъ отдѣльно,—такая оговорка имѣется въ нѣкоторыхъ западныхъ законодательствахъ.

Въ Проектѣ остался открытымъ и вопросъ о судебной защитѣ несовершеннолѣтнихъ рабочихъ. Это вопросъ больной. Мѣсто пребываніе отца, ушедшаго въ отхожій промыселъ, можетъ быть даже и неизвѣстно рабочему, несовершеннолѣтіе котораго лишаетъ его всякой возможности не только предъявить искъ, но даже отвѣчать на судѣ (ст. 19 и 1802 уст. гражд. суд.). Въ силу ст. 1637 Голландскаго Гр. Улож., несовершеннолѣтній можетъ выступать на судѣ безъ законнаго представителя, если для судьи ясно, что послѣдній никакихъ объясненій по дѣлу дать не можетъ.

Самостоятельность несовершеннолѣтняго по заключенію наемныхъ договоровъ имѣетъ обратную сторону: возможность невыгодныхъ условій. Поэтому въ силу 1954 ст. Проекта, родители не лишены права выступить въ защиту своихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей. Однакожъ, въ отличіе отъ большинства западныхъ законодательствъ, Проектъ не предусматриваетъ случая злоупотребленія этимъ правиломъ—въ семъ случаѣ необходимо допустить обращеніе къ содѣйствію суда.

Другой случай, когда семейная власть можетъ вступать въ коллизію съ правомъ наниматься въ услуженіе, касается замужней женщины. Въ силу 2202 ст. X т. I ч., жены безъ позволенія мужей не могутъ наниматься. Это положеніе Проектъ въ первоначальной своей редакціи предлагалъ замѣнить статьею 423 кн. V т. 2, изд. 1899 г. о правѣ мужа требовать прекращенія заключеннаго женою договора, мотивируя тѣмъ, что дѣйствующій законъ ограничиваетъ право замужней женщины наниматься не только въ услуженіе, но даже и для отдѣльныхъ услугъ, которыя возможно исполнить безъ всякаго ущерба для семейной жизни. Въ новой редакціи Проекта,—изъ боязни стачки обоихъ супруговъ,—статья эта уничтожена. Но улучшится ли положеніе жены отъ такого умолчанія? Вѣдь въ силу 234 ст. Проекта, супруги обязаны жить вмѣстѣ,—это норма принудительная, и

съ нею не можетъ конкуррировать договоръ найма, такъ какъ никакихъ мѣръ противъ злоупотребленія семейной властью нашъ Проектъ не знаетъ (сравн. ст. 1353 Германск. B. G. B.). Разрѣшеніе мужа для заключенія служебнаго найма, конечно, нужно удержать въ законѣ, такъ какъ иначе законъ не будетъ соотвѣтствовать житейскимъ условіямъ; нужно только смягчить эту норму, предоставивъ женѣ возможность въ извѣстныхъ случаяхъ обращаться къ содѣйствію суда.

Далѣе, нельзя не отмѣтить, что Проектъ не коснулся весьма важной категоріи договоровъ о служебномъ наймѣ, а именно *аккорднаго договора*. Въ такомъ договорѣ вознагражденіе обѣщается за опредѣленную работу въ зависимости отъ ея результата, но даже по взглядамъ нашей судебной практики договоръ этотъ отнесенъ не къ подряду, а къ личному найму,—именно въ виду наличности въ немъ служебнаго отношенія нанявшагося къ напимателю. Экономическіе мотивы аккордной формы соглашенія таковы: наниматель желаетъ увеличить интенсивность труда, а нанявшійся желаетъ воспользоваться результатомъ болѣе напряженнаго своего труда, такъ что въ его роль вносится предпринимательскій элементъ, но онъ не предприниматель, такъ какъ онъ не несетъ риска предпріятія, онъ не долженъ нести послѣдствій такихъ обстоятельствъ, повліявшихъ на исходъ работы, которыя кроются не въ немъ самомъ и не въ свойствѣ его работы, а въ другихъ обстоятельствахъ, отъ него совершенно независящихъ... Расчетъ причитающагося рабочимъ вознагражденія здѣсь чрезвычайно осложняется; хотя онъ и производится подъ контролемъ нанявшихся, но при экономическомъ неравенствѣ сторонъ возможность злоупотребленій неизбѣжна. Къ аккордпымъ договорамъ примѣняется общее положеніе о служебномъ наймѣ, насколько нѣтъ спеціальныхъ правилъ; въ частности, къ нему вполнѣ примѣнимы законы объ обязанностяхъ нанимателя къ охранѣ рабочихъ и о заблаговременномъ предупрежденіи объ отказѣ. Однакожъ, въ этотъ договоръ вносится предпринимательскій элементъ, значительно смягчающій природу служебнаго найма, въ виду чего его слѣдуетъ признать самостоятельнымъ договорнымъ типомъ нуждающимся въ особой цивилистической нормировкѣ, съ точки же зрѣнія общей классификаціи рабочихъ договоровъ онъ является разновидностью служебнаго найма.

Не останавливаясь на вопросѣ о наймѣ черезъ посредника, слѣдуетъ, въ заключеніе, замѣтить, что въ Проектѣ остался не

затронутымъ и еще одинъ весьма важный вопросъ — вопросъ о сохраненіи напявшемуся необходимой на его содержаніе части трудовыхъ заработковъ. Въ основѣ спеціальнаго законодательства и судебной практики лежитъ, нигдѣ ясно, цивилистически не выраженная, мысль, что при служебномъ наймѣ заработная плата есть не только эквивалентъ понесеннаго труда, но и возмѣщеніе израсходованной рабочей силы. Ей, слѣдовательно, въ извѣстной степени присущъ алиментаціонный характеръ. Поэтому, на нее въ соотвѣтственной части распространяется favor alimentorum, доходящій до признанія полной неприкосновенности этой части. Эта мысль давно уже отразилась на законахъ процессуальныхъ и конкурсныхъ. Новѣйшія законодательства переносятъ эту мысль и въ матеріальное гражданское право, устанавливая, въ неодинаковой конечно степени: во 1-хъ, ограниченіе права компенсаціи и права удержанія со стороны нанимателя, во 2-хъ, ограниченіе права вычетовъ, дѣлаемыхъ въ силу принадлежащей нанимателю дисциплинарной власти или неустоечныхъ условій, въ 3-хъ, ограниченіе права самого нанявшагося распоряжаться будущими заработками въ ущербъ ихъ прямому назначенію, и въ 4-хъ, особыя мѣры охраны его интересовъ на случай несостоятельности или угрожающей несостоятельности его нанимателя.

Въ заключеніе, докладчикъ высказалъ, что перечисленные имъ главные, наиболѣе рѣзко бросающіеся недостатки нашего Проекта въ достаточной мѣрѣ убѣждаютъ въ необходимости коренной переработки Проекта: постановленія о служебномъ наймѣ должны быть отдѣлены отъ постановленій, относящихся къ найму услугъ.

Въ преніяхъ по выслушанному докладу приняли участіе слѣдующія лица: М. Я. Пергаментъ, А. Н. Быковъ, В. М. Нечаевъ, г-нъ Шипковъ и предсѣдатель М. М. Винаверъ.

М. Я. Пергаментъ, вполнѣ соглашаясь съ указаннымъ докладчикомъ алиментаціоннымъ характеромъ вознагражденія за трудъ, высказалъ сомнѣніе въ томъ, чтобы характеръ этотъ присущъ былъ только найму служебному и чтобы вознагражденіе за наемъ отдѣльныхъ услугъ не имѣло этого характера. Не желая отстаивать унаслѣдованный съ отдаленныхъ временъ римскій критерій различія личнаго найма и подряда, оппонентъ находилъ однако, что въ осужденіи этого несомнѣнно устарѣвшаго критерія необходима нѣкоторая осторожность. Новый критерій, предложенный докладчикомъ, едва ли является

вполнѣ соотвѣтствующимъ требованіямъ жизни и современному правосознанію. Докладчикъ утверждаетъ, что 1934 и 1940 ст. пригодны только для служебнаго найма, а къ найму услугъ должны быть примѣняемы только тогда, если трудъ носитъ личный характеръ,—и это свое положеніе иллюстрируетъ примѣрами; однакожъ, ни съ теоріею докладчика, ни съ приводимыми имъ примѣрами согласиться нельзя. Существенный моментъ слѣдуетъ искать не въ служебности, а въ характерѣ данныхъ услугъ. Услуги врача, учителя, живописца не допускаютъ замѣны личности нанявшагося, но вѣдь и полотеръ и посыльный едва ли вправѣ замѣнить себя другимъ лицомъ. Очень часто и въ этихъ случаяхъ личность нанявшагося представляетъ существенный интересъ для нанимателя. Не только служба, но и отдѣльныя услуги не могутъ котироваться на биржѣ абстрактно отъ индивида. Поэтому, слѣдовало бы признать, что замѣнимость нанявшагося въ каждомъ данномъ случаѣ представляетъ собою quaestio facti. Вопросъ кредитованія рабочимъ нанимателя не лишенъ важности, но едва ли житейски правдива тенденція докладчика придавать дѣятельности рабочаго коммерческій характеръ. Точно также спорнымъ представляется и мнѣніе докладчика о пригодности 1945 ст. только для служебнаго найма, но не для найма услугъ. Нѣтъ никакихъ основаній лишать вознагражденія человѣка, нанятаго для отдѣльной услуги и готоваго исполнить ее, но не исполнившаго только потому, что ему помѣшали. Примѣръ хирурга совершенно неубѣдителенъ. Хирургъ пріѣхалъ, побезпокоился, потерялъ время—за это нужно вознаградить; впрочемъ, это специфическій примѣръ, не имѣющій общаго значенія: умершій могъ быть его контрагентомъ, а тутъ еще и элементъ профессіональной этики. Но неужели отказать въ вознагражденіи и репетитору въ случаѣ внезапнаго отъѣзда ученика его изъ города? Что же касается мнѣнія докладчика относительно 1946 ст., то, не соглашаясь съ посылкой (ст. 1934, касающаяся возможности для нанявшагося замѣнить себя другимъ лицомъ), оппонентъ не можетъ согласиться и съ заключеніемъ докладчика о примѣнимости этой статьи только къ служебному найму. По мнѣнію оппонента, всѣхъ этихъ замѣчаній достаточно, чтобы усумниться въ правильности изложенной референтомъ категоризаціи. Характерное для служебнаго найма подчиненіе директивамъ, указаніямъ и надзору нанимателя

замѣчастся и въ наймѣ услугъ, напр., въ договорѣ съ полотеромъ. Есть конечно среднія формы наемныхъ отношеній, способныя замаскировать разницу типовъ, однакожъ, обиліе этихъ промежуточныхъ формъ дѣлаетъ самую классификацію непригодною. Начало служебности не положено въ основу классификаціи и въ зап.-европ. законодательствахъ: французскій loi de Contrat de travail не подчеркиваетъ этого начала. Составители нашего Проекта, давая въ ст. 1929 и 1971 опредѣленія найма и подряда дѣйствительно повторили римскую конструкцію; но здѣсь необходимо поставить другой вопросъ: выдержана ли эта конструкція въ Проектѣ? Отступленія отъ римской конструкціи въ Проектѣ встрѣчаются довольно часто, напр., въ ст. 1936, гдѣ говорится о самостоятельномъ трудѣ нанявшагося, о трудѣ, не нуждающемся въ указаніяхъ нанимателя,—въ этой статьѣ грань между подрядомъ и личнымъ наймомъ исчезаетъ.

І. А. Покровскій, оспаривая мнѣніе докладчика объ устарѣлости римской классификаціи, находилъ, что римскія грани болѣе рѣзки и болѣе жизненны, чѣмъ тѣ, которыя предлагаетъ докладчикъ. Тотъ наемъ услугъ, который входитъ какъ разновидность въ римскую общую категорію locatio-conductio operarum, отличается отъ того найма услугъ, который входитъ въ понятіе locatio-conductio operis, гораздо рѣзче, гораздо глубже, чѣмъ отъ служебнаго найма. Поэтому римское основное расчлененіе двухъ большихъ группъ найма должно остаться. Что же касается указаннаго референтомъ различія между наймомъ служебнымъ и наймомъ услугъ лица, работающаго для публики, то если оба эти найма признавать лишь подвидами общей категоріи locatio-conductio operarum, они будутъ соціально-полезны и юридически-вѣрны. Къ этому видовому расчлененію l.-c. operarum вполнѣ примѣнима, напр., мысль докладчика объ алиментаціонномъ характерѣ служебнаго вознагражденія; и дѣйствительно, вознагражденіе, напр., извозчика, нанятаго на часы, несомнѣнно, лишено алиментаціоннаго характера. Однакожъ, есть много и общихъ нормъ для обоихъ подвидовъ: напр., правило о вознагражденіи за трудъ, неиспользованный независимо отъ воли нанявшагося,—примѣнимо къ locatio-conductio operarum обѣихъ категорій (т. е. и къ служебному, и къ неслужебному найму), а къ locatio-conductio operis непримѣнимо. Кромѣ того, въ отношеніи къ

locatio-conductio operis мастеровъ-профессіоналовъ должны быть нѣкоторыя особыя нормы, непримѣнимыя къ найму услугъ. Итакъ, римская классификація должна быть удержана для упомянутыхъ родовыхъ понятій, дифференцированіе же этихъ родовыхъ группъ на отдѣльные подвиды, разумѣется, весьма желательно.

Докладчикъ *Л. С. Таль* замѣтилъ, что въ настоящемъ докладѣ вопросъ о классификаціи рабочаго договора затронутъ имъ лишь въ общихъ чертахъ, такъ какъ этотъ вопросъ былъ развитъ имъ въ предшествующемъ докладѣ. Та разумная и осмысленная связь рабочихъ договоровъ съ экономикой страны, которая выразилась въ римской классификаціи, заставила его быть восторженнымъ приверженцемъ римскаго права. Критерій найма работъ какъ таковыхъ и найма работъ въ связи съ результатомъ—долженъ быть удержанъ и въ современномъ правѣ. Однакожъ, нельзя забывать, что лица свободныя, которыя отправляли служебный трудъ, понижали свой status. Юристъ Павелъ говоритъ слѣдующее: всякій, кто имѣетъ въ своемъ распоряженіи status, воленъ уменьшить его, отдавая свой дневной и ночной трудъ въ распоряженіе хозяина. Римское право въ вопросѣ о личномъ наймѣ исходило изъ функціи труда поглощать личность нанявшагося чужимъ хозяйственнымъ организмомъ. Однакожъ, этотъ служебный элементъ является характернымъ только для одной группы личнаго найма, а именно для найма служебнаго—повременнаго и аккорднаго. Наемъ услугъ самостоятельныхъ, т. е. непоглощающихъ личности нанявшагося, долженъ быть выдѣленъ въ особую группу, въ которую войдутъ: личный наемъ въ тѣсномъ смыслѣ, подрядъ, порученіе и комиссіонерство. Относительно порученія надо впрочемъ замѣтить, что тутъ мы имѣемъ дѣло съ историческимъ переживаніемъ, договора порученія, какъ самостоятельнаго договорнаго типа, а тѣмъ болѣе какъ разновидности договоровъ о трудѣ, вовсе не существуетъ. Постановленія о представительствѣ и веденіи чужихъ дѣлъ слѣдуетъ перенести въ общую часть обязательственнаго права.

Для всей категоріи самостоятельнаго труда—римская классификація представляетъ собою лучшее изъ всего, что до сихъ поръ придумано, но служебный наемъ долженъ быть выдѣленъ въ особую группу.

А. Н. Быковъ сосредоточилъ свои возраженія на вопросахъ,

относящихся къ найму фабричныхъ рабочихъ. Въ отношеніи этихъ рабочихъ обязательность письменной формы договоровъ представляетъ большія удобства. Въ своихъ экономическихъ выступленіяхъ всѣ сколько-нибудь сознательные рабочіе высказывались за удержаніе этой формы, такъ какъ она обезпечиваетъ имъ легкость осуществленія своего права и доказыванія своихъ претензій. Принятая въ Россіи расчетная книжка, по содержанію своему, рѣзко отличается отъ германской расчетной книжки, однакожъ и эта книжка принимается нашими рабочими какъ желанный документъ. Въ Англіи обходятся и безъ такой книжки, но въ нашихъ условіяхъ она несомнѣнно приноситъ большую пользу. Переходя къ вопросу объ аккордномъ наймѣ, нельзя не замѣтить, что докладчикъ слишкомъ переоцѣниваетъ въ положительную сторону наше фабричное законодательство, которое, по его мнѣнію, предвидитъ возможныя здѣсь случайности. Въ этомъ отношеніи достаточно указать хотя бы на то, что если рабочій самъ прерываетъ договоръ, не окончивши всей работы, то расчетъ съ такимъ рабочимъ оказывается закономъ вовсе не регулированнымъ.

В. М. Нечаевъ замѣтилъ, что приведенная Л. С. Талемъ въ двухъ его докладахъ современная западно-европейская литература и законодательная дѣятельность въ достаточной мѣрѣ свидѣтельствуютъ, до какой степени разросся вопросъ о наймѣ. Въ сравненіи съ этимъ, римскія конструкціи значительно суживаютъ нашъ кругозоръ и оказываются уже не въ силахъ охватить весь кругъ новообразованій въ этой области. Однакожъ, подходить съ западно-европейской постановкой этого вопроса къ нашему Проекту—нельзя. Въ Западной Европѣ уже была сдѣлана предварительная разработка отдѣльныхъ подвидовъ спеціальнаго найма—найма фабрично-заводскихъ и сельско-хозяйственныхъ рабочихъ, домашней прислуги, приказчиковъ и т. п.; для нихъ теперь уже настало время облечь всѣ эти отдѣльные подвиды въ одинъ общій видъ рабочаго договора. У насъ же еще и эти спеціальныя законодательства не развиты, у насъ еще сравнительно недавно дифференцировалась городская жизнь отъ сельской. Всѣ наши законы о фабрично-заводскихъ рабочихъ, о сельско-хозяйственныхъ и т. п.—все это только попытки регулированія найма, все это только чрезвычайно неудовлетворительные начатки, нуждающіеся пока въ обособленномъ развитіи. Сводить ихъ во единое

еще очень рано, такъ какъ ни одинъ изъ видовъ найма еще не выработанъ юридически. Съ другой стороны, какъ ни обострены отношенія между предпринимателями и рабочими въ Западной Европѣ, однакожъ извѣстныя нормы добросовѣстности, требуемыя отъ той и другой стороны, стали тамъ до нѣкоторой степени бытовыми явленіями. У насъ нѣтъ пока ничего подобнаго.

Г-нъ *Шишко* указалъ на необходимость обратить вниманіе на матеріальную основу того юридическаго явленія, которое до сихъ поръ дебатируется только съ формальной стороны. Законъ призванъ регулировать жизнь; т. е. тѣ бытовыя отношенія, которыя уже существуютъ. Наши бытовыя отношенія характеризуются понятіемъ „капитализмъ“,—мы находимся въ той же стадіи хозяйственной жизни, какъ и Западная Европа; разница только въ политическомъ обликѣ, который является чисто-внѣшней формой. Для даннаго вопроса важна только экономическая основа, которая и тутъ и тамъ одинакова. Наоборотъ, Римъ, гдѣ свободный трудъ практиковался лишь въ видѣ исключенія, представлялъ совершенно иную экономическую формацію, а потому мы можемъ признавать римское право только какъ талантливый образецъ юридическаго мышленія, но содержаніе выработанныхъ имъ юридическихъ нормъ для насъ необязательно. Намъ самимъ нужно выяснить свои фактическія отношенія и выразить ихъ въ законѣ. Съ другой стороны, отношенія труда къ капиталу, такъ же какъ и отношенія семейственныя, не представляютъ собою отношеній чисто гражданскаго типа, такъ какъ въ нихъ есть публично-правовой элементъ. Трудъ есть товаръ, но товаръ особаго порядка. Если это такъ, то необходимо принять въ расчетъ фактическое неравенство сторонъ: лицо съ имуществомъ вступаетъ въ договоръ съ лицомъ, располагающимъ только своей рабочей силою. Если фабрикантъ заинтересованъ въ возможно большей эксплоатаціи этой рабочей силы, то государство заинтересовано въ томъ, чтобы она эксплоатировалась возможно цѣлесообразнѣе. Въ этомъ смыслѣ чрезвычайно полезной была бы юридическая разработка коллективнаго договора, принятаго въ Англіи.

Въ отвѣтъ на приведенныя возраженія, докладчикъ *Л. С. Таль* высказалъ слѣдующее: утвержденіе М. Я. Пергамента, будто элементъ надзора, присущій многимъ видамъ найма

услугъ, вызываетъ необходимость отнести ихъ къ служебному найму,—вовсе не вытекаетъ изъ основныхъ положеній доклада. Служебный элементъ предполагаетъ собою элементъ надзора, но не можетъ быть отождествленъ съ нимъ. Далѣе, если изъ договора о наймѣ самостоятельныхъ услугъ не видно, что стороны имѣли въ виду именно данное лицо,—то нѣтъ никакихъ основаній запрещать замѣну нанявшагося или нанимателя другимъ лицомъ. Наконецъ, относительно ст. 1945 слѣдуетъ замѣтить, что если отдѣлить служебный наемъ, то вся остальная область рабочихъ договоровъ фактически совпадаетъ съ наймомъ услугъ профессіоналовъ, т. е. лицъ, обслуживающихъ публику. Въ отношеніи же этихъ лицъ безмездность приготовленія ихъ къ такой услугѣ, которая исполнена не была по независящимъ причинамъ,—вполнѣ оправдывается правно-политическими соображеніями. *Въ отвѣтъ на возраженія А. Н. Быкова*, достаточно сослаться на печальную нашу практику съ рабочими книжками. Обязательность расчетной книжки вызвана была необходимостью государственнаго вмѣшательства въ отношенія фабриканта съ рабочими, и фабрикантъ былъ вынужденъ завести эти книжки угрозою штрафа. Однакожъ введеніе расчетныхъ книжекъ еще не предполагаетъ собою того, что только одна расчетная книжка и можетъ служить единственнымъ доказательствомъ условій найма. То обстоятельство, что утрата рабочимъ своей расчетной книжки сплошь да рядомъ служитъ основаніемъ къ отказу въ вознагражденіи за его трудъ, — является достаточнымъ доводомъ противъ правила о письменной формѣ. Возражая *В. М. Нечаеву*, докладчикъ замѣтилъ, что спеціальныя законодательства по отраслямъ промышленности—представляютъ собой лишь случайную реакцію противъ крайне неудовлетворительнаго общаго закона о наймѣ. Необходимаго же фазиса въ правовомъ развитіи сіи законодательства не представляютъ. Франція и Англія обошлись безъ такихъ законодательствъ. Всякая страна должна, согласно указаніямъ жизни, вырабатывать общія нормы въ этой области. Относительно *возраженій Г-на Шишкова* докладчикъ указалъ на смѣшеніе имъ двухъ вопросовъ — вопроса объ условіяхъ неравенства сторонъ при заключеніи наемнаго договора и о тѣхъ условіяхъ неравенства, въ которыхъ онѣ оказываются послѣ заключенія договора.

М. Я. Пергаментъ, въ отвѣтъ на возраженіе докладчика,

замѣтилъ, что предлагаемый докладчикомъ критерій служебности, критерій вхожденія въ чужой хозяйственный организмъ—является туманнымъ, неуловимымъ критеріемъ. Если характеризовать служебный наемъ тѣмъ, что предметомъ его является рабочая сила, а не опредѣленная услуга, то тутъ возникаетъ вопросъ, чѣмъ отличается рабочая сила, какъ предметъ этого договора, отъ будущей услуги, которая представляетъ собою предметъ договора другой категоріи? Если для разграниченія этихъ понятій сослаться на наемъ домашней прислуги, то вѣдь въ Западной Европѣ она приходитъ только на нѣсколько часовъ для точно опредѣленныхъ услугъ. Въ нашихъ отношеніяхъ къ извощику такихъ семейственныхъ отношеній, которыя замѣчаются съ прислугою,—не бываетъ, но алиментарный характеръ его вознагражденія есть и тутъ. Наемъ сельскохозяйственныхъ рабочихъ, наемъ рабочихъ фабричныхъ, наемъ домашней прислуги это особые виды найма, которые отнюдь не совпадаютъ. Соглашаясь съ мнѣніемъ докладчика о неудовлетворительности римскаго критерія, съ точки зрѣнія котораго договоръ, напр., съ прачкою оказывается договоромъ подряда, соглашаясь съ тѣмъ, что римскій критерій не можетъ вывести насъ изъ тѣхъ затрудненій, въ которыя мы попадаемъ при разрѣшеніи вопросовъ о рабочемъ договорѣ, — М. Я. Пергаментъ находилъ однако, что и предложенія докладчика не могутъ служить прочной основой юридическихъ конструкцій. Въ вопросѣ о личномъ наймѣ юридическая мысль въ настоящее время стоитъ на перепутьи въ ожиданіи какой то новой идеи, способной быть отправной точкой дальнѣйшаго развитія юридическихъ понятій въ этой области.

Предсѣдатель *М. М. Винаверъ*, резюмируя пренія, высказалъ слѣдующее. Оживленная бесѣда, затянувшая настоящее засѣданіе до поздняго часа, вызвана массой весьма сложныхъ юридическихъ проблемъ, поставленныхъ референтомъ; въ каждой части его реферата имѣется чрезвычайное богатство отдѣльныхъ темъ. Свои замѣчанія на проектъ онъ не ограничилъ одною лишь конструктивной его частью, но указывалъ также и на практическія неудобства отдѣльныхъ специфическихъ нормъ—о срокѣ предупрежденія, о письменной формѣ и т. п. Положеніе докладчика о томъ, что введеніе подъ угрозой штрафа обязательной письменной формы рабочаго договора представляется вообще цѣлесообразнымъ, но что нельзя мате-

ріальное право нанявшагося ставить въ зависимость отъ облеченія или необлеченія заключеннаго съ нимъ договора въ письменную форму,—это положеніе, повидимому не встрѣтило серьезныхъ возраженій. Обращаясь къ вопросу о римской конструкціи рабочаго договора, М. М. Винаверъ находитъ, что грѣхъ этой конструкціи заключается вовсе не въ томъ, что римскіе юристы различали два понятія—operae и opus, а въ томъ, что и договоры, имѣющіе предметомъ своимъ operae и тѣ, которые имѣли своимъ предметомъ opus, подводились подъ общее понятіе locatio-conductio. Этимъ именно объединеніемъ договора трудового съ наймомъ вещей и было вызвано то, что всѣ нормы вещнаго найма (напр., salva rei substantia и т. п.) распространены были и на личный наемъ, — распространены были, разумѣется, не римскими юристами, а тѣми, кто рецепировалъ римское право въ совершенно чуждой ему средѣ.

Однакожъ, опредѣленіе, данное рабочему договору въ голландскомъ законѣ 13 іюля 1907 г., едва ли способно замѣнить собою римскую классификацію. Выраженіе „состоя на службѣ“ — не есть гражданско-правовое понятіе. Докладчикъ предлагаетъ точнѣе опредѣлить это понятіе признакомъ поглощенія рабочей силы чужимъ хозяйственнымъ организмомъ, признакомъ вхожденія ея въ этотъ организмъ въ качествѣ прочныхъ его звеньевъ, — но все это сенситивные элементы бытоваго понятія, которое можетъ быть положено въ основу классификаціи рабочихъ договоровъ только тогда, когда дадутъ ему точное юридическое опредѣленіе. Но если даже и принять понятіе служебнаго найма, то во всякомъ случаѣ рѣзкаго отграниченія этого вида отъ прочихъ видовъ личнаго найма мы не получимъ. Вопросъ о замѣнимости нанявшагося или нанимателя разрѣшается совершенно независимо отъ служебнаго характера найма, а въ зависимости отъ того, имѣютъ ли ожидаемыя услуги личный характеръ, а также и отъ условій сдѣлки. Такъ же независимо отъ наличности служебнаго характера разрѣшаются и вопросы о подчиненіи нанявшагося надзору и указаніямъ нанимателя, — о прекращеніи договора смертью нанявшагося и т. п. Это наводитъ на мысль о нѣкоторой искусственности классификаціи, предложенной докладчикомъ. Къ такимъ классификаціямъ нужно относиться съ большой осторожностью: быть можетъ, и нетъ этой новой классификаціи

окажется гораздо тяжелѣе римскихъ нормъ, выдержавшихъ двухтысячелѣтнее испытаніе.

Въ заключеніе предсѣдатель предложилъ собранію поблагодарить докладчика за его интересный докладъ въ области вопроса, столь сильно волнующаго современную и юридическую мысль.

Засѣданіе закрыто въ 12½ час. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

31 октября 1908 года.

Засѣданіе было открыто въ 8¾ часа вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества, *М. М. Винавера*.

Предметомъ занятій служилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *В. Р. Идельсона* на тему: „Страховой договоръ по проекту Гражданскаго Уложенія“.

Сущность доклада сводилась къ слѣдующему:

Страхованіе стало извѣстнымъ уже въ средніе вѣка; уже во второй половинѣ средневѣковья появились трактаты о страхованіи. Страховое право впервые кодифицировано въ Прусскомъ общеземскомъ правѣ (Allgemeines Landrecht). Въ XIX столѣтіи кодифицируется морское страховое право во французскомъ и германскомъ кодексахъ и лишь нѣкоторыя законодательства дѣлаютъ попытку включить въ кодексы нормы, объемлющія всѣ виды страхованія.

Страхованіе въ XIX столѣтіи сдѣлалось по тому настоятельнымъ, что оно явилось необходимымъ спутникомъ хозяйственнаго процвѣтанія страны, которое не достигло бы такихъ размѣровъ, если бы не было страхованія. Поэтому регулированіе соотвѣтствующихъ отношеній, представляется задачею чрезвычайно трудною и отвѣтственною. Еще задолго до созданія законодателемъ нормъ страхового права, жизнь сама выработала юридическія отношенія. Поэтому задачею кодификаціи являются, во 1-хъ, регламентація юридическихъ отношеній, созданныхъ обычаемъ, административными распоряженіями и судебною практикою; во 2-хъ, созданіе новаго договорнаго типа и, въ 3-хъ, внесеніе руководящихъ идей въ нормы кодекса.

Эта послѣдняя задача особенно обостряется въ страховомъ правѣ, такъ какъ страховщики имѣютъ тенденцію стать монополистами и диктовать свои условія. Указанная черта довольно ясно выступаетъ даже и при международной ассоціаціи. При такомъ положеніи вещей является настоятельная необходимость для законодателя защитить страхователя. До сихъ поръ страхователя защищалъ самъ судъ, путемъ толкованія закона въ его пользу. Но такой способъ защиты, покупаемый цѣною насилія надъ договоромъ, не всегда представляетъ достаточно гарантій интересамъ страхователя.

Страховой договоръ не вросъ органически въ систему гражданскаго права. Если страховой договоръ будетъ кодифицированъ въ гражданскомъ правѣ, то при неполнотѣ его придется обращаться къ общимъ началамъ договорнаго права, а въ этомъ случаѣ трудно будетъ избавить страховое право отъ тѣхъ началъ обязательственнаго права, которыя могутъ быть ему и чуждыми. Кодификація должна поглотить всѣ существующія нормы, созданныя обычаемъ, административными распоряженіями и судебною практикою. Она не должна допускать наличность диспозитивныхъ нормъ, такъ какъ это дастъ возможность страховщику измѣнять юридическія отношенія въ свою пользу. Если страховое право будетъ кодифицировано, какъ часть гражданскаго права, то это не дастъ возможности достаточной оріентировки во всей широтѣ правоотношеній. Природа страхового договора не можетъ быть выведена изъ общей природы договора. Страховой договоръ есть особый договоръ, а потому страховое право должно быть кодифицировано не въ Гражданскомъ Уложеніи, а въ особомъ законѣ.

Страховой договоръ является правоотношеніемъ, возникающимъ не въ отдѣльныхъ случаяхъ: страховщикъ по природѣ страхованія заключаетъ массами страховые договоры. Опредѣленіе условій договора является для страховщика констатированіемъ того обстоятельства, что въ данномъ случаѣ осуществлены необходимыя, съ точки зрѣнія страховой техники, предпосылки (наличность извѣстнаго средняго риска, извѣстное отношеніе страхователя къ страхуемому интересу и т. п.). Съ точки зрѣнія общихъ началъ обязательственнаго права необходимо детальное, кропотливое толкованіе каждаго условія сдѣлки, для страхового договора достаточна болѣе грубая работа: установленіе совпаденія воли относительно основныхъ условій сдѣлки.

Эти общія соображенія не представляются излишними для

надлежащей оцѣнки трудовъ составителей проекта уложенія. Переходя къ ней, къ сожалѣнію приходится сказать, что вся громадная и добросовѣстная работа оказывается почти безрезультатной. Составители воспользовались большимъ законодательнымъ матеріаломъ Запада, но оставили совершенно въ сторонѣ англійское право Common Law.

Далѣе правила и положенія проекта почти всѣ опираются непосредственно на полисныя условія, бывшія въ обильномъ количествѣ подъ руками у составителей. Но проектъ не выясняетъ даже, какую роль будутъ играть эти полисныя условія при введеніи въ дѣйствіе проекта.

Затѣмъ слѣдуетъ отмѣтить въ проектѣ чрезвычайное богатство диспозитивныхъ нормъ. Между тѣмъ, согласно природѣ страхового права, несомнѣнное предпочтеніе слѣдуетъ отдать императивнымъ нормамъ, jus cogens.

Въ договорѣ страхованія, какъ и во всякомъ другомъ договорѣ, для наличности его необходимо взаимное совпаденіе воли: воли страхователя и воли страховщика. Это происходитъ путемъ отвѣта на цѣлый рядъ вопросовъ. Правила соотвѣтствующей статьи, говорящей о таковой обязанности страхователя (Anzeigepflicht), должны быть составлены такъ, чтобы исключать возможность споровъ и контраверзъ. Но ст. 942 проекта, къ сожалѣнію, отличается неполнотою и не даетъ отвѣта на самые основные вопросы. Въ проектѣ не въ достаточной степени урегулированы вопросы, касающіеся правъ страхователя; съ другой стороны, можно указать на нормы совершенно излишнія. Такъ, напримѣръ, ст. 943 гласитъ: „имущество можетъ быть застраховано или въ полной стоимости, или въ части ея“. Какъ будто въ возможности сего можетъ кто-либо сомнѣваться. Ст. 971 гласитъ: „При заключеніи страхованія можетъ быть постановлено, что страховщикъ, въ случаѣ недостачи или поврежденія имущества, имѣетъ право по своему выбору или вознаградить страхователя по правиламъ, изложеннымъ въ стт. 950 и 970, или уплатить всю страховую сумму и оставить поврежденное имущество въ свою пользу“. Но вѣдь само собою разумѣется, что всякое соглашеніе считается дозволеннымъ, разъ оно не противорѣчитъ закону. Приведенныя статьи могли быть опущены проектомъ безъ всякаго ущерба. Указанная неполнота и наличность диспозитивныхъ нормъ составляютъ крупные недостатки кодификаціи. Все это вмѣстѣ взятое позволяетъ поставить вопросъ: для чего же была препринята эта работа, разъ

она не достигаетъ цѣли? А между тѣмъ была полная возможность достигнуть ее. Можно сказать, что по поводу каждой статьи невольно возникаетъ цѣлый рядъ вопросовъ. Возьмемъ, напримѣръ, постановленія, касающіяся регулировки убытковъ, причиненныхъ народными волненіями. Соотвѣтствующая статья не даетъ ничего опредѣленнаго и положительнаго. Проектъ имѣлъ полную возможность разрѣшить этотъ вопросъ, обратившись къ иностраннымъ источникамъ.

Научная кодификація, каковою является проектъ, особенно печальна у насъ въ Россіи, въ виду особаго положенія полисныхъ условій, которыя, согласно практикѣ Правительствующаго Сената, толкуются не какъ договоръ, а какъ законъ. Нашему законодательству подлежало создать особыя нормы страхованія и прежде всего полную детализацію нормъ, такъ какъ отъ этого въ прямой зависимости стоитъ процвѣтаніе хозяйства.

Если говорятъ о необходимости особой кодификаціи, то тѣмъ самымъ вовсе не разумѣютъ, что слѣдуетъ включить въ него и морское страхованіе. Послѣднее не нуждается въ такой строгой регламентаціи, такъ какъ оно заключается купцомъ съ купцомъ же, т. е., имѣется противопоставленіе болѣе или менѣе равныхъ лицъ. То обстоятельство, что договоръ морского страхованія заключается купцами, является достаточнымъ основаніемъ и для кодификаціи его въ Торговомъ Уложеніи.

Остается сказать еще нѣсколько словъ о томъ, что законы о надзорѣ за дѣятельностью страховыхъ обществъ могутъ отчасти замѣнить кодификацію. Но они должны ограничить свою роль. У насъ законы, касающіеся надзора за дѣятельностью страховыхъ обществъ, представляются въ высшей степени несовершенными и это еще болѣе вызываетъ потребность кодификаціи. Нашъ административный надзоръ открываетъ широкій просторъ произволу.

Въ заключеніе слѣдуетъ коснуться вопроса, который до сихъ поръ тщательно обходился, а именно нужно ли дать опредѣленіе страховому договору. Отвѣтъ на этотъ вопросъ и весьма рельефный можно найти въ книгѣ уважаемаго предсѣдателя М. М. Винавера: „Изъ области цивилистики“ въ статьѣ его: „Кодификаціи и толкованіе“. Кодексъ есть гербарій, въ которомъ засушены растенія, иногда великолѣпно сохранившіяся, иногда скомканныя, случайно поврежденныя. По этимъ засушеннымъ экземплярамъ нужно распознавать затѣмъ всѣ вновь возникающіе, на волѣ произрастающіе молодые побѣги, и дать имъ надлежащую, свойственную

ихъ природѣ, культуру. И если при обозрѣніи вашего гербарія вы убѣждаетесь, что въ немъ отдѣльные виды засушены не въ типичной ихъ формѣ, что иные повреждены вслѣдствіе неумѣлости собирателя, иные просто недоразвиты—вы не съ ними, съ этими скомканными, недоразвитыми экземплярами будете считаться, вы возстановите для себя ихъ истинный, цѣлостный образъ и съ нимъ сопоставите живое растеніе; если окажется, что ряды у васъ не полны, вы не будете возводить этой неполноты на степень должнаго — вы восполните пробѣлы. Главное: нужно умѣть возстановлять истинные образы поврежденныхъ или недоразвитыхъ тѣлъ. Этотъ процессъ возстановленія живыхъ тѣлъ, составляющій самую душу примѣненія нормъ, былъ, есть и навсегда останется искусствомъ, — искусствомъ, одинаково необходимымъ при кодексѣ и безъ кодекса. Но это искусство, при настоящихъ усложнившихся условіяхъ жизни, при все болѣе возрастающемъ разнообразіи мотивовъ человѣческой дѣятельности, должно вступить въ тѣсный союзъ съ наукою. Наука должна пойти къ нему на службу: она укажетъ пріемы и матеріалъ, этическихъ, соціальныхъ побужденій, изъ рамокъ которыхъ никакое юридическое творчество выйти не можетъ, съ которыми оно вынуждено считаться.

На этихъ словахъ нужно особенно настаивать, нужно, чтобы судья при толкованіи всегда могъ опираться на науку права даже при самыхъ разработанныхъ статьяхъ кодекса. Надо помнить, что страховой институтъ не исчерпывается всѣми статьями, да это было бы и нежелательно: не дай Богъ законодателю закрѣпить то, что находится въ періодѣ роста и развитія; надо помнить... что страхованіе это живой организмъ, въ которомъ борются двѣ партіи: страховщикъ и страхователь. Судья долженъ помнить, что его толкованіе есть въ тоже самое время и подготовка будущихъ законовъ, законовъ болѣе справедливыхъ и идеальныхъ.

Докладчику возражали Ф. А. Вальтеръ, С. А. Бѣляцкинъ, Н. М. Павлиновъ, В. М. Нечаевъ и М. М. Винаверъ.

Ф. А. Вальтеръ указалъ на то, что докладъ имъ былъ выслушанъ съ большимъ вниманіемъ, не только потому, что онъ самъ участвовалъ въ составленіи проекта и работалъ надъ нимъ въ дни юности, но и потому, что всегда интересовался вопросами, затронутыми докладчикомъ. Охотно признавая въ проектѣ нашего уложенія пробѣлы, тѣмъ не менѣе оппонентъ

не можетъ согласиться съ докладчикомъ, и полагаетъ, что пробѣлы эти отнюдь не такъ многочисленны. Пробѣловъ не могло и не быть, такъ какъ въ моментъ составленія проекта у творцовъ его не было тѣхъ хорошихъ западныхъ образцовъ, которыми оперируетъ докладчикъ.

Хотя докладъ и былъ озаглавленъ: „Страховой договоръ по проекту Гражданскаго Уложенія", но онъ скорѣе былъ докладомъ по вопросу о способахъ и задачахъ кодификаціи договора страхованія. Въ пользу кодифицированія нормъ, касающихся договора страхованія не въ гражданскомъ уложеніи, а въ особомъ законѣ, докладчикомъ приводились тѣ же самыя соображенія, которыя приводятся вообще по адресу выдѣленія всякой отрасли права. Притомъ, если говорить о выдѣленіи нормъ страхового договора въ спеціальный законъ, то это слѣдуетъ понимать не иначе, какъ выдѣленіе, обособленіе всѣхъ нормъ страхового права и публичныхъ и частныхъ, вообще всего страхового дѣла, иначе падаетъ самое основаніе спеціальной кодификаціи.

Докладчикъ пришелъ къ выводу, что работа комиссіи по составленію проекта гражданскаго уложенія въ части, касающейся страхового права, была безцѣльна, во 1-хъ потому, что въ ней нѣтъ достаточнаго количества правилъ, а во 2-хъ потому, что правила эти носятъ диспозитивный характеръ. Но прежде всего слѣдуетъ отмѣтить слѣдующее противорѣчіе въ соображеніяхъ докладчика. Въ началѣ указывалось на необходимость подробной нормировки, на необходимость императивныхъ нормъ, а въ концѣ доклада стали звучать иныя ноты; „не дай Богъ законодателю закрѣпить то, что находится въ періодѣ роста и развитія. Законодатель долженъ установить лишь общую норму, а сама жизнь наполнитъ ее конкретнымъ содержаніемъ". Но вѣдь послѣднимъ и объясняется небольшое количество статей проекта и ихъ диспозитивный характеръ. Составители проекта смотрѣли на договоръ страхованія, какъ на явленіе совершенно новое, а потому и закрѣпленіе всѣхъ его деталей нормами законодательными было очень рискованно: какъ допустить сковываніе жизни императивными нормами?

Правила нашего проекта, конечно, далеки отъ совершенства,—это объясняется отчасти, какъ уже указано, тѣмъ, что матеріалъ къ тому времени былъ недостаточный, но все таки критика ихъ со стороны докладчика слишкомъ рѣзка и, по-

жалуй, невѣрна. Прежде всего слушатели могли подумать, что въ проектѣ нѣтъ нормъ juris cogendi, а только нормы диспозитивнаго характера; но это далеко не такъ. Докладчикъ говоритъ, что въ проектѣ всего два или три вида страхованія, между тѣмъ, если обратиться къ проекту, то изъ соотвѣтствующей главы видно, что она распадается на два отдѣленія: I страхованіе имущества и II страхованіе лица. Первое отдѣленіе распадается на: 1) общія положенія, 2) страхованіе отъ огня, 3) транспортное страхованіе и 4) другіе виды страхованія имущества. Такимъ образомъ нельзя усмотрѣть той неполноты, о которой говорилось въ рефератѣ. Докладчикъ, разбирая отдѣльныя статьи проекта, говоритъ о неопредѣленности правилъ; указанная имъ ст. 942, говорящая объ Anzeigepflicht, отнюдь не можетъ быть названа, какъ статья не содержащая въ себѣ никакихъ правъ. Въ этой статьѣ излагается рядъ конкретныхъ правилъ и довольно существенныхъ, руководствуясь которыми судья всегда найдетъ правильное рѣшеніе. Редакціонная комиссія всегда исходила изъ убѣжденія о необходимости предоставленія свободной оцѣнки судьею вопросовъ вины одной изъ сторонъ. По мнѣнію докладчика, въ этомъ и заключается все зло, такъ какъ результатомъ свободнаго усмотрѣнія судьи будутъ разнообразныя, несогласованныя между собою рѣшенія. Это соображеніе не было чуждо редакціонной комиссіи, но тѣмъ не менѣе она предоставила судьѣ свободную оцѣнку, изъ убѣжденія въ полезности означеннаго принципа. Еще одно частное замѣчаніе: докладчикъ говоритъ, что составители совершенно не установили, какъ быть съ существующими полисными условіями при введеніи въ дѣйствіе новаго гражданскаго уложенія. Докладчикъ упустилъ изъ виду, что проектъ предполагаетъ цѣлый рядъ переходныхъ правилъ, имѣющихъ цѣлью введеніе въ дѣйствіе всего уложенія. Вопросъ о страхованіи есть вопросъ соціальной важности, выходящій за предѣлы цивильной области; пріемы его построенія относятся къ области соціальнаго законодательства. Поэтому слѣдуетъ брать извѣстные типы отношеній, оставляя просторъ свободной жизни, свободному развитію.

С. А. Бѣляцкинъ указалъ, что договоръ страхованія не связанъ кореннымъ образомъ съ римскимъ правомъ; онъ заключаетъ въ себѣ большія отклоненія отъ нашего общаго представленія о договорѣ. Тѣмъ не менѣе мы должны признать, что договоръ

страхованія построенъ по типу обязательства, значитъ онъ долженъ имѣть мѣсто рядомъ съ другими договорами. Докладчикъ указываетъ на Англію, но тамъ условія развитія права другія, и въ силу этого, она не можетъ быть намъ примѣромъ, да къ тому же договоры страхованія тамъ находятъ себѣ мѣсто среди другихъ договоровъ. Теоретическія соображенія докладчика для выдѣленія договоровъ страхованія въ особый законъ, не являются убѣдительными. Къ числу недостатковъ проекта, отмѣченныхъ въ рефератѣ, можно было бы еще присоединить раздѣленіе всѣхъ договоровъ страхованія на два отдѣленія, безъ выдѣленія за скобки общихъ ихъ началъ; такое выдѣленіе избавило бы составителей отъ излишняго повтренія. Но зло еще не въ этомъ. Самый чувствительный недостатокъ проекта—это его тенденціозность—покровительство страховщикамъ. Когда составлялось уложеніе, составители были завалены массою матеріала со стороны страховщиковъ, и такимъ образомъ на дѣлѣ оказалось, что были выслушаны страховщики; того же самаго не было сдѣлано по отношенію къ обывателямъ. Статьи уложенія даютъ богатый матеріалъ для иллюстраціи приведеннаго положенія; таковы правила по вопросу о различномъ распредѣленіи преміи, при уничтоженіи договоровъ въ зависимости отъ того, по чьей винѣ это произошло. Затѣмъ, страховыя общества освобождаются отъ выдачи преміи при страхованіи жизни, если застрахованное лицо покончило жизнь самоубійствомъ. Мотивомъ сего положенія приводится то соображеніе, что тутъ имѣется полная аналогія со страхователемъ, поджигающимъ застрахованное имущество. Это представляется далеко не убѣдительнымъ, такъ какъ нужно еще доказать, что самоубійство совершено изъ желанія доставить премію третьимъ лицамъ, а не по инымъ мотивамъ.

Н. М. Павлиновъ. Говоря о необходимости изъятія изъ гражданскаго уложенія страхового права, докладчикъ не коснулся вопроса взаимнаго страхованія. Между тѣмъ послѣднее является серьезнымъ коррективомъ въ отношеніи положенія, занятаго современными страховыми обществами. Какъ бы мы ни характеризовали договоръ страхованія, его все же слѣдуетъ оставить въ общей системѣ гражданскаго права; иначе съ одинаковымъ правомъ можно выдѣлить въ особый законъ совокупность правилъ, опредѣляющихъ вознагражденіе за вредъ и убытки. Общее положеніе о договорѣ плюсъ правила, опредѣ-

ляющія вознагражденіе за вредъ и убытки, должны служить достаточными основаніями для разрѣшенія договорныхъ отношеній по страхованію.

В. М. Нечаевъ. Въ вопросѣ о томъ, гдѣ слѣдуетъ кодифицировать спеціальныя постановленія гражданскаго права, слѣдуетъ имѣть въ виду, что поскольку кодифицируются явленія гражданскаго права ихъ должно кодифицировать въ гражданскомъ кодексѣ. То соображеніе, что удобнѣе знакомиться съ отдѣльной маленькой книжкою, чѣмъ съ цѣлымъ уложеніемъ, не можетъ имѣть значенія, такъ какъ знакомство со спеціальными постановленіями какого-либо права, безъ знакомства съ общимъ ихъ источникомъ, даетъ мало положительныхъ результатовъ. Спеціализація законодательства зависитъ отъ тѣхъ принциповъ, которые кладутся въ основу въ качествѣ руководящихъ началъ. Поскольку эти начала подходятъ подъ общія гражданскоправовыя основы, постольку мѣсто имъ въ гражданскомъ кодексѣ. Поскольку они вводятъ новыя явленія (расширеніе предѣловъ вмѣшательства государства въ размѣрѣ неизвѣстномъ общему гражданскому праву), постольку мѣсто имъ въ спеціальномъ законѣ. Торговый кодексъ былъ особымъ кодексомъ, когда гражданское право не было коммерціалистировано; теперь дѣло стоитъ иначе. Многіе новые законы теперь пока не укладываются въ общія гражданскія нормы (водные законы и др.); то же пока имѣетъ мѣсто и по отношенію къ страховому.

М. М. Винаверъ. Относясь вообще скептически къ выдѣленію отдѣльныхъ частей изъ гражданскаго кодекса, такъ какъ такое выдѣленіе разрушаетъ единство правосознанія,— оппонентъ полагаетъ, что къ выдѣленію страхового договора въ спеціальный законъ, представляется меньше всего основанія. Нельзя общихъ нормъ гражданскаго права исключить изъ договора страхованія и потому нельзя договоръ страхованія отсѣкать отъ общаго кодекса: гоните природу въ дверь, она все равно войдетъ въ окно. Судьѣ все равно придется обращаться къ общимъ нормамъ договорнаго права—вся разница будетъ въ томъ, что ему придется искать ихъ въ отдѣльной книжкѣ. То соображеніе, что общее количество статей договора страхованія можетъ обременить кодексъ, представляется совершенно неубѣдительнымъ, такъ какъ въ такомъ случаѣ съ одинаковымъ успѣхомъ можно было бы выдѣлить любой отдѣлъ кодекса. Конечно, интересы страхователя нужно

оградить, но не тѣмъ путемъ, который указанъ докладчикомъ. Докладчикъ привѣтствуетъ дробность пормъ, но дробность нормъ тѣмъ страшнѣе, что, указавъ одну такую норму, тѣмъ самымъ дается пять способовъ обойти ее. Въ уложеніи именно и замѣчается такой большой наборъ дробныхъ нормъ. Эта дробность затѣчается, вопреки мнѣнію докладчика, даже въ статьѣ, говорящей объ Anzeigepflicht. Дробность нормъ отрицательная сторона всякаго кодекса. Если можно упрекнуть составителей проекта, то не въ отсутствіи дробности, а въ не проявленіи большой творческой обобщающей работы въ области страхованія. Способомъ оградить интересы страхователя является, повидимому, по мысли докладчика, и выдѣленіе страхового договора, о которомъ шла рѣчь выше. Этого, говоритъ онъ, требуетъ присущій договору страхованія соціальный элементъ. Но если бы это было такъ, если бы наличность соціальнаго элемента должна была влечь за собою изъятіе института изъ области гражданскаго кодекса, то слѣдовало бы признать, что наступила эпоха банкротства гражданскаго права или по меньшей мѣрѣ гражданской кодификаціи. Соціальный элементъ былъ всегда присущъ гражданскому праву. Все дѣло въ умѣніи воплотить его въ достаточно обобщенныя отдѣльно-правовыя нормы. Умѣніе это было въ наибольшей мѣрѣ присуще римлянамъ, но отъ него не отрекается пока и современная цивилистическая мысль.

Привѣтствуя стремленіе оградить страхователя, слѣдуетъ сказать, что средствомъ къ тому является не мелкая классификація, не вопросъ о размѣщеніи отдѣльно спеціальныхъ отраслей гражданскаго права, а, наоборотъ, выработка общихъ, руководящихъ началъ.

Докладчикъ *В. Р. Идельсонъ* въ своемъ заключительномъ словѣ прежде всего благодарилъ собраніе за сильныя и настойчивыя возраженія по адресу доклада, какъ доказательство, что рефератъ заинтересовалъ слушателей. Затѣмъ, обращаясь къ отдѣльнымъ замѣчаніямъ, докладчикъ прежде всего указалъ, въ отвѣтъ на замѣчаніе В. М. Нечаева, что, если онъ подробно не говорилъ о новыхъ иностранныхъ законахъ, то только потому, что это не входило въ его задачу. Упреки въ слишкомъ пристрастной критикѣ уложенія едва ли справедливы. Здѣсь говорилось, что въ моментъ изданія уложенія, законодатель боялся закрѣпить еще неустановившіяся отношенія, что

матеріалъ къ тому былъ недостаточенъ. Но матеріалъ былъ достаточенъ. Задача кодификаціи отнюдь не состоитъ лишь въ регламентаціи существующихъ юридическихъ отношеній. Кодификація—это двуликій Янусъ,—одинаково глядящій и въ прошедшее и въ будущее. Для успѣшной кодификаціи недостаточно лишь протоколированіе настоящаго, требуется творческая работа, намѣчающая и пути будущаго развитія. Страховое право должно быть кодифицировано и кодифицировано не въ гражданскомъ уложеніи, а въ особомъ законѣ. Только тогда можно строить общіе принципы, когда детали отдѣльныхъ типовъ договоровъ будутъ закончены, а этого можно достигнуть лишь путемъ сепаратной кодификаціи. То довѣріе суду, о которомъ здѣсь гововилось, не раздѣляется докладчикомъ. Это довѣріе есть лишь гипотетическое, а его больше всего слѣдуетъ бояться въ страховомъ правѣ, такъ какъ судъ съ нимъ мало знакомъ. Есть настоятельная необходимость пойти по стопамъ западноевропейскихъ кодексовъ и выдѣлить страховое право въ особый законъ.

Здѣсь говорилось далѣе, что кодифицировать особо страховой законъ, значитъ нарушить единство правосознанія. Докладчикъ менѣе всего хочетъ нарушить это единство. Но есть ли это единое правосознаніе? Не позволено ли задать вопросъ vom Beruf unserer Leit zur Gesetzgebung? Можно ли въ переходное время, когда не выкристаллизовались еще новые принципы и новые договорные типы—требовать созданія стройнаго и единаго по духу кодекса? Пусть будетъ созданъ особый страховой законъ, рядъ другихъ особыхъ законовъ. Пусть законодатель внесетъ тѣ правовые принципы, которые опредѣлились. А засимъ пусть жизнь даннаго правового института создастъ и выдѣлитъ тѣ основные принципы, которые по своей простотѣ и общности будутъ доступны внесенію въ новые гражданскіе кодексы. Таковъ идеалъ; начать же съ заковыванія института въ рамки гражданскаго уложенія — значитъ нарушить свободное развитіе нормъ, т. е., сдѣлать то, чего такъ опасались составители гражданскаго уложенія.

Послѣ заключительнаго слова докладчика *предсѣдатель М. М. Винаверъ* предложилъ собранію поблагодарить референта за интересный докладъ; собраніе аплодисментами выразило благодарность докладчику.

Засѣданіе закрыто въ $11^3/_4$ часа ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

5 декабря 1908 года.

По открытіи засѣданія въ 8½ час. вечера, подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія *М. М. Винавера*. Предметомъ занятій служили: 1) Сообщеніе *М. М. Винавера*: „Памяти Н. Н. Мясоѣдова“ и 2) Докладъ *А. А. Пиленко*: „Замѣчанія на внесенный въ Государственную Думу законопроектъ объ авторскомъ правѣ“.

М. М. Винаверъ сообщилъ слѣдующее:

Въ сентябрѣ этого года сошелъ въ могилу Николай Николаевичъ Мясоѣдовъ, членъ нашего общества, первоприсутствующій въ гражданскомъ кассаціонномъ департаментѣ сената. Личность руководителя верховнаго гражданскаго суда не можетъ не оставлять отпечатка на творчествѣ руководимаго имъ учрежденія и тѣмъ самымъ на творчествѣ права по всему протяженію огромной имперіи, суды коей въ порядкѣ толкованія закона подчинены верховному кассаціонному суду. И уже по одному тому вполнѣ понятно было бы вниманіе юридическаго общества къ личности усопшаго. Но я едва ли ошибусь, если скажу, что на высшей ступени нашей гражданской юстиціи еще никогда не стояла фигура и сама по себѣ столь характерная, столь заслуживающая воскрешенія ея въ памяти современниковъ и увѣковѣченія въ памяти потомства, какъ Н. Н. Мясоѣдовъ. Судья, высокоодаренный судья есть тотъ же художникъ въ области творчества права. Онъ творитъ его изо дня въ день,—но съ прекращеніемъ пульса его жизни исчезаетъ память о его трудахъ, какъ затихаютъ чарующіе звуки со смертью виртуоза. Даже кассаціонный судья, даже первенствующій между ними, переживаетъ себя развѣ въ скромныхъ заголовкахъ немногочисленныхъ, предаваемыхъ гласности, кассаціонныхъ рѣшеніяхъ, но и тамъ имя его является свидѣтелемъ не индивидуальнаго творчества, а только участія въ совокупномъ творчествѣ коллегіи. Да и при жизни, кто ихъ знаетъ, кто къ нимъ присматривается,—къ этой огромной арміи людей, накопляющихъ, точно муравьи, изо дня въ день мелкими крупицами огромную сокровищницу правового опыта страны, — кто интересуется индивидуальными чертами ихъ творчества? По линіи

криминальной юркій прокуроръ выдѣлится еще изъ общаго фона, проскочитъ въ высшій, подчасъ министерскій, рангъ; ретивый предсѣдатель политическихъ процессовъ запишетъ, быть можетъ, свое имя—не всегда ко хвалѣ потомства, — въ лѣтописи исторіи. Но гражданскій судья, этотъ бѣлый негръ судебной семьи, въ тиши творящій свое дѣло,—кто его замѣтитъ? Было время, когда этотъ сѣрый, будничный тонъ дѣятельности скрадывался. Тихая обитель судебнаго творчества озарялась и согрѣвалась тогда особымъ свѣтомъ. Судебная власть была возведена на степень самодовлѣющей, третьей державы, и этотъ державный, независимый характеръ ея отпечатлѣвался въ душѣ каждаго изъ носителей ея. Судебное дѣло было не службою, а культомъ. Каждый винтикъ въ машинѣ, какъ бы ни была незначительна его функція, чувствовалъ себя причастнымъ къ грандіозной работѣ, вознесеннымъ на особую высоту: и онъ былъ призванъ искоренять неправду черную дореформенной жизни, и онъ стоялъ, горделивый, независимый, рядомъ съ властью исполнительною, подчиненный только закону и своей совѣсти. Этимъ сознаніемъ скрашивалась жизнь, имъ пропитывались навсегда тѣ, кому тогда приходилось начинать жизненный путь. То было раннею весною... Въ эту именно весну началъ свою дѣятельность и Н. Н. Мясоѣдовъ.

Онъ не принадлежалъ къ числу тѣхъ, кто участвовалъ въ созданіи судебныхъ уставовъ; онъ не былъ и членомъ столичныхъ юридическихъ кружковъ, которые готовили первыхъ піонеровъ новаго суда; онъ не входилъ въ тотъ избранный кругъ людей, молодыхъ и старыхъ, которымъ власть, съ выборомъ отыскивая первыхъ отвѣтственныхъ исполнителей, ввѣряла руководство новымъ судомъ. Воспитанникъ петербургскаго университета, онъ незамѣтно проходилъ затѣмъ въ глухой провинціи первыя ступени судебной службы, въ то время, когда здѣсь, въ столицѣ, кипѣло идейное воодушевленіе около вновь возводимаго зданія. Но природныя данныя его были таковы, онъ такъ полно вмѣщалъ тѣ душевныя силы, которыхъ требовало себѣ новое дѣло, что, казалось, онъ силою естества, не взирая на всѣ преграды, долженъ былъ рано или поздно оказаться тамъ, гдѣ оказался, — во главѣ угла. И чудилось потомъ, будто такъ онъ стоялъ тутъ съ изначала,—могучая каріатида, подпирающая главный фасадъ новаго зданія. И страшно было подумать, что̀ станется, когда эта глыба рушится, и послѣ нея останется пустое мѣсто...

Мнѣ неизвѣстна въ деталяхъ служебная линія, по которой

двигалась карьера Мясоѣдова до поступленія его въ сенатъ. Оно, впрочемъ, и неважно, ибо онъ принадлежалъ къ числу тѣхъ людей, которые не мѣняютъ своего облика по мѣрѣ передвиженія по іерархической лѣстницѣ. Я засталъ его во второй половинѣ восьмидесятыхъ годовъ уже въ сенатѣ, человѣкомъ еще въ цвѣтѣ лѣтъ—ему не было тогда пятидесяти—здоровымъ, широкоплечимъ, съ черною, какъ смоль, бородою и волосами, съ сильнымъ энергичнымъ лицомъ, полутатарскаго типа, съ рѣзкимъ голосомъ, нѣсколько угловатыми движеніями и особенною, совершенно непередаваемою, простотою пріемовъ рѣчи и обращенія, не вполнѣ гармонировавшими съ золотымъ шитьемъ мундира и звѣздами на груди. Эта особенная, нѣсколько мужиковатая, ни въ малѣйшей мѣрѣ не дѣланная простота,—этотъ натуральный, во всемъ естественномъ цвѣтѣ и безъ всякихъ непріятныхъ рѣзкостей, глубокій демократизмъ не только манеръ, но и всего душевнаго склада былъ если не самою важною, то самою замѣтною, рѣзче всего бросавшеюся въ глаза, чертою Мясоѣдова. Это не была простота корректнаго джентльмена, благовоспитанно и снисходительно низводящаго себя до уровня тѣхъ, съ кѣмъ имѣетъ дѣло. Онъ стихійно не могъ дѣлать различія между людьми, ибо онъ младенчески не ощущалъ разницы между ними. Онъ былъ всегда съ ними заодно, ему неоткуда было и некуда снисходить. Если онъ не былъ лицепріятенъ, пристрастенъ, то это, если хотите, даже ему какъ будто и въ заслугу нельзя было ставить. Онъ не могъ быть инымъ, не могъ по природѣ, по всему естеству своему. Чѣмъ бы онъ ни былъ, куда бы его судьба ни бросила, онъ былъ бы таковъ. А на нивѣ суда, на вновь вспахиваемой цѣлинѣ реформированнаго судебнаго строя, это сѣмя должно было принести особенно богатый, сочный плодъ. И таковъ онъ остался до конца дней. И несмотря на хмурое съ виду лицо, на рѣзкую, отрывистую рѣчь, на нависшія какъ будто сердито надъ узкими черными глазами брови,—не было человѣка, который бы послѣ первой же минуты бесѣды съ нимъ не почувствовалъ этого особаго обаянія простоты, того искренняго, глубокаго благодушія, которое свойственно только истинно крѣпкимъ, здоровымъ натурамъ. Сколько разсказовъ, почти легендарныхъ, связывалось съ этой особою простоватою манерою покойнаго. Я помню, переданный мнѣ тогда же, еще на свѣжей памяти разсказъ о томъ, какъ Мясоѣдовъ, будучи предсѣдателемъ гражданскаго департамента судебной палаты здѣсь, въ Петербургѣ, вступилъ на имперіалѣ

конки (а онъ иначе не ѣздилъ, какъ на имперіалѣ конки, даже когда былъ первоприсутствующимъ) въ собесѣдованіе съ сидѣвшими рядомъ съ нимъ мужичками, пріѣхавшими въ Петербургъ хлопотать по дѣлу, и выслушалъ отъ нихъ, не знавшихъ, конечно, съ кѣмъ имѣютъ дѣло, отборную ругань по своему же адресу, по адресу предсѣдателя его же департамента, за медленность, какъ онъ предложилъ мужичкамъ помочь имъ одолѣть предсѣдателя, какъ тотчасъ отправился со всею этою свитою въ палату и, къ удивленію остолбенѣвшихъ мужичковъ, разнесъ канцелярію, а мужичковъ удовлетворилъ и отпустилъ домой въ деревню. Такихъ и еще болѣе характерныхъ анекдотовъ всякій, приходившій въ столкновеніе съ Мясоѣдовымъ, знаетъ не мало. Та же простота сказывалась и во всѣхъ привычкахъ, во всемъ обиходѣ. Кому не довелось хоть разъ быть въ квартирѣ бывшаго первоприсутствующаго гражданскаго кассаціоннаго департамента сената, дѣйствительнаго тайнаго совѣтника Мясоѣдова, тотъ едва ли сумѣетъ себѣ представить, до какой степени не было соотвѣтствія между этимъ пышнымъ титуломъ и всѣмъ естествомъ его носителя. Мнѣ пришлось одинъ разъ, не помню по какому случаю, навѣстить его на дому. Адресъ былъ очень сложный; мы съ извозчикомъ еле разыскали маленькую уличку или переулокъ на Петербургской сторонѣ. По номеру я могъ опредѣлить домъ, но все же съ сомнѣніемъ вступилъ, разыскивая швейцара, на крыльцо жалкаго деревяннаго домика. Швейцара не оказалось, не по случайности, однако, а по естеству: съ этимъ крыльцомъ, съ этой лѣстницей рѣзко дисгармонировала бы фигура какого ни на есть, хоть самаго непрезентабельнаго, швейцара. На лѣстницѣ много дверей — все маленькія, маломѣщанскія квартиры — и среди многихъ, обитыхъ продранной клеенкой, дверей пришлось долго искать дверь первоприсутствующаго. Мѣдныхъ досокъ на дверяхъ нѣтъ; послѣ внимательнаго осмотра, на одной оказалась самодѣльная круглая деревяшка, и на ней чернилами написано, рукою первоприсутствующаго: Мясоѣдовъ. Я позвонилъ; открыла какая то барышня, должно быть, дочь, а черезъ минуту появился въ передней и самъ хозяинъ, радушно сталъ стаскивать съ гостя пальто, и изъ маленькой, тѣсной передней повелъ къ себѣ въ „покои“. Это собственно былъ одинъ покой, который не знаю, какъ назвать. Диванъ и нѣсколько стульевъ около круглаго стола давали ему тонъ гостиной; у стѣны простой письменный столъ съ грудой дѣлъ въ синихъ папкахъ показывалъ, что сіе есть и кабинетъ,

гдѣ первоприсутствующій работаетъ; остальная часть комнаты была занята большимъ открытымъ роялемъ: у него, видимо, проводилъ часы отдыха Мясоѣдовъ, предаваясь второй своей страсти — музыкѣ...

Пора, впрочемъ, можетъ быть, вернуться и къ первой его страсти, къ той, которая роднитъ его ближе съ нами, юристами,— страсти, которой онъ отдалъ всю свою трудовую жизнь. Эта страсть—служба правосудію—требовала отъ него, какъ и отъ всѣхъ, прежде всего, независимости. Но ему было такъ необычайно легко быть независимымъ. Человѣкъ такой прозрачной искренности и простоты не могъ ни передъ кѣмъ гнуть спину; онъ ставилъ себя естественно и непререкаемо внѣ всякой зависимости не только отъ давленія офиціальнаго, въ сферѣ служебной, но и отъ самаго обычнаго давленія внѣшнихъ условностей, общественнаго мнѣнія. Казалось, на него безполезно и было бы давить, гнуть его,—онъ бы просто не понялъ, чего отъ него хотятъ. А, понявъ, гулко, по-дѣтски расхохотался бы и съ улыбкой внѣшнимъ жестомъ отмахнулся бы. Онъ слушалъ очень охотно, слушалъ всѣхъ къ нему обращавшихся,—положеніе кассаціоннаго судьи и даже предсѣдателя никогда не служило ему отговоркою,— онъ выслушивалъ и по существу всѣхъ, кто являлся къ нему изливать свои горести,—слушалъ, пристально вглядѣвшись въ стѣнку, пока не уловилъ сути; но улавливалъ быстро, какимъ то здравымъ инстинктомъ нащупывалъ правовой нервъ, а, разъ его нащупавъ, останавливалъ изліянія, въ двухъ-трехъ краткихъ ляпидарныхъ, мѣткихъ фразахъ опредѣлялъ свой выводъ, и для него дѣло было кончено. Вы могли съ нимъ дальше спорить, могли его и переубѣдить, но всякія просьбы, давленія уже отъ него отскакивали; противъ того, что ему подсказывала совѣсть, онъ самъ уже не могъ ничего сдѣлать. Ибо — и это самое существенное изъ всего, что я знаю и могу сказать о Мясоѣдовѣ — у него былъ, несомнѣнно, въ наивысшей мѣрѣ развитой талантъ инстинктивно наскакивать на ту юридическую сердцевину вопроса, изъ которой уже, какъ изъ клубка, вились затѣмъ логическія нити къ закону и къ конкретному случаю. Въ этомъ была, если хотите, его faculté maitresse, она же faculté maitresse всѣхъ великихъ художниковъ въ примѣненіи права, отъ римскихъ юристовъ до нашихъ дней. Я готовъ думать, что въ области теоретической подготовки онъ не обладалъ бо̀льшимъ запасомъ знаній, чѣмъ обычный нашъ судья. Но онъ и безъ этого запаса инстинк-

томъ взбирался на самые высокіе и отвѣтственные пункты юридической абстракціи, не теряя, однако, никогда связи съ тѣмъ конкретнымъ, живымъ сцѣпленіемъ фактовъ, изъ котораго вышелъ, отъ котораго получилъ толчокъ. Наружу это сказывалось въ нѣсколько подчеркнутомъ, быть можетъ, вниманіи къ существу дѣла,—иногда могло сказаться и въ самомъ рѣшеніи нѣсколько чрезмѣрное тяготѣніе къ этому существу. Но, въ общемъ, воздѣйствіе существа, живое созерцаніе факта шло не далѣе тѣхъ предѣловъ, которые съ неизбѣжностью указуются и кассаціонному судьѣ, если кассаціонное творчество желаетъ исполнить истинную свою функцію: кристаллизовать на мигъ живую, текучую матерію права, а не умерщвлять его, сковывая лишь одною мертвящею схемою логически связанныхъ формулъ.

И какую огромную часть этого правотворческаго труда нашего высшаго судилища онъ одинъ несъ на своихъ плечахъ. Когда недоставало знатоковъ Наполеонова кодекса, онъ, никогда не служившій въ Царствѣ Польскомъ, изучилъ его и сталъ однимъ изъ лучшихъ, всегда желанныхъ, докладчиковъ по польскимъ дѣламъ. Когда, въ девятидесятыхъ годахъ, сенатъ оказался заваленнымъ безнадежною, все возраставшею грудою неразрѣшенныхъ дѣлъ, когда всѣ мечты о скорости правосудія разбивались объ эту грань, возвращая мысль къ старому, дореформенному времени, а оберъ-прокуроры одинъ за другимъ уходили съ мѣстъ, оставляя только все большія залежи,—онъ одинъ, старый уже, 15 лѣтъ просидѣвшій на курульномъ креслѣ, сенаторъ, взялъ на себя тотъ трудъ, который оказался непосильнымъ для болѣе молодыхъ. Сталъ оберъ-прокуроромъ, энергично двигалъ, распредѣлялъ, а, главное, самъ перемалывалъ огромныя груды бумагъ,—изъ сидячей перешелъ въ стоячую магистратуру, выступалъ не только въ департаментѣ, но и въ отдѣленіяхъ,—становился у пюпитра и, несмотря на нѣкоторый природный дефектъ рѣчи,—онъ слегка заикался—съ жаромъ произносилъ заключенія, всегда дѣльныя, вѣскія, сильныя здравымъ жизненнымъ чутьемъ и несокрушимою логикою. И авторитетъ этихъ заключеній былъ безпримѣренъ въ исторіи сената.

Изъ оберъ-прокуроровъ онъ перешелъ затѣмъ въ первоприсутствующіе, но и здѣсь, главенствуя въ сенаторской коллегіи, продолжалъ быть въ то же время и руководителемъ, и чернорабочимъ: не заставлялъ никого бѣгать къ себѣ на домъ, самъ почти каждый день являлся въ сенатъ, проглатывалъ исполин-

скую массу дѣлъ, самъ писалъ рѣшенія, самъ—чего никогда раньше не было—и докладывалъ наиболѣе трудныя дѣла. Трудоспособность была у него какая то необычайная, богатырская: она и сочеталась гармонически съ его богатырской фигурою, съ мощнымъ голосомъ, мощными движеніями. Это даже не просто трудоспособность, а какая то особая пріятная легкость, рѣзвость въ работѣ; и чѣмъ труднѣе работа, тѣмъ рѣзвѣе онъ брался за нее. Точно гигантъ, огромные камни, какъ былинки, перекидывающій. Огромное, многотомное, застарѣвшееся дѣло докладывалъ съ особымъ, необычайнымъ смакомъ и наивно, по дѣтски улыбался, когда удавалось ему доложить весь экстрактъ въ малое число минутъ. Въ совѣщательной комнатѣ, говорятъ, особенно горделиво подчеркивалъ, что огромное дѣло конки съ городомъ доложилъ въ 33 минуты. А доклады эти были прямо мастерскіе: краткіе, рельефные, живые, исполненные интереса самого докладчика и приковывающіе къ себѣ интересъ всѣхъ слушателей. И здѣсь сказывался все тотъ же талантъ: съ размаху вскочить на самое существенное, на сердцевину, не упускать ея уже во всѣхъ перипетіяхъ процесса, не затемняя ее ни лишнею фразою, ни педантическимъ перечитываніемъ банальныхъ судопроизводственныхъ бумагъ. Все шло живо, естественно двигалось и росло; юридическое отношеніе выростало вновь въ судебной залѣ, какъ оно сложилось въ жизни, и заостряло вниманіе къ вѣнчанію дѣла, къ рѣшенію,—заостряло не только у публики, но, что гораздо важнѣе и, увы, часто гораздо болѣе необходимо, заостряло вниманіе къ дѣлу и у самихъ судей. Въ качествѣ первоприсутствующаго онъ, впрочемъ, докладывалъ меньше, а по преимуществу долженъ былъ руководить судебнымъ засѣданіемъ. Руководство это, впрочемъ, состояло въ томъ, что онъ провозглашалъ заголовокъ дѣла и читалъ резолюцію; все остальное время слушалъ, никого не стѣсняя въ изложеніи его мысли, не перебивая, не пытаясь насильно втискивать мысль говорящаго въ угодныя ему, первоприсутствующему, рамки, не надѣвая на него шоръ по своей мѣркѣ. Этому искусству слушать, слѣдить за чужою мыслью по ея собственному руслу, еще такъ мало кто у насъ наученъ. Мясоѣдовъ обыкновенно слушалъ, выводя карандашемъ какіе то незамысловатые узоры на листѣ бумаги, то и дѣло поднимая голову, при каждомъ новомъ поворотѣ рѣчи, при каждомъ намекѣ, толкающемъ мысль въ новомъ направленіи. И говорившій передъ нимъ безошибочно ощущалъ, что эта наклонная надъ узорами

голова работаетъ вмѣстѣ съ нимъ, ни на минуту его не оставляя, что она открыта для его словъ, для убѣжденія, что оба они дѣлаютъ одно общее дѣло. И онъ уходилъ съ успокоенной совѣстью, увѣренный, что его жизненные интересы не поставлены въ зависимость отъ случая, отъ настроенія, отъ нервовъ, отъ дурного пристрастія, и что единственное, что ему грозитъ,—это отсутствіе отзука его словамъ въ чистой совѣсти судьи.

Таковъ былъ Мясоѣдовъ, какъ судья. Онъ участвовалъ и въ законодательной работѣ — впрочемъ, только въ подготовительной стадіи: въ комиссіи по пересмотру уставовъ и въ комиссіи, подъ предсѣдательствомъ Сабурова, о реформѣ сената. Почему онъ не былъ привлеченъ къ настоящей законодательной дѣятельности на старости лѣтъ, когда болѣе молодые и безспорно менѣе достойные его товарищи уже давно перекочевали въ государственный совѣтъ, и когда реформированный государственный совѣтъ нуждался въ дѣльныхъ и опытныхъ людяхъ,—это остается неразгаданной тайной. Злые языки говорятъ, что онъ для этого слишкомъ много смолоду впиталъ въ себя старомодныхъ завѣтовъ и особенно не могъ излечиться отъ самой вредной привычки—быть независимымъ. Въ трудахъ комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ слѣдъ его дѣятельности замѣтенъ почти во всѣхъ отдѣлахъ судоустройства и гражданскаго процесса. Слишкомъ долго было бы подбирать отдѣльныя его замѣчанія, особыя мнѣнія, хотя они въ совокупности, несомнѣнно, отразили бы тотъ же образъ праведнаго, независимаго судьи, старающагося пронести нетронутыми среди натиска разрушенія самые драгоцѣнные завѣты судебныхъ уставовъ. Я приведу только, какъ характерное для широты его общественнаго кругозора, мнѣніе по вопросу, всплывшему теперь только на общественную поверхность,—по вопросу о женской адвокатурѣ. Это было не только особое, но и совершенно одинокое мнѣніе. И онъ его, однако, не только высказалъ и поддержалъ, но и подробно изложилъ и къ журналу представилъ. Рѣчь шла о предоставленіи женщинамъ права занятія частною адвокатурою, объ уничтоженіи запрета, ясно выраженнаго въ нынѣ дѣйствующемъ законѣ. Мясоѣдову возражали, „что означенное запрещеніе вызвано общей государственной мѣрой, принятой по обсужденіи въ совѣтѣ министровъ въ Высочайшемъ присутствіи Его Императорскаго Величества, коей опредѣленъ кругъ полезной для государства и для общества дѣятельности женщинъ“. Потому де, до тѣхъ поръ, пока не будетъ въ

томъ же порядкѣ оный кругъ расширенъ, не слѣдуетъ трогать и вопроса о женской адвокатурѣ. Мясоѣдовъ резонно на это отвѣчалъ, что „высказать свое свободное сужденіе о томъ, насколько удержаніе или отмѣна отдѣльныхъ законоположеній, вызванныхъ общей государственной мѣрой, но относящихся къ судебному дѣлу, согласуются съ проектируемымъ судебнымъ строемъ—составляетъ прямую обязанность комиссіи, по ея назначенію". Онъ указываетъ потому, что общая мѣра, которая принята была болѣе 25 лѣтъ назадъ, не коренится въ какихъ-либо непреложныхъ и устойчивыхъ положеніяхъ, а обусловлена временнымъ состояніемъ общества; что за послѣднее время уровень общаго образованія женщинъ значительно поднялся, и къ пріобрѣтенію ими юридическихъ познаній открытъ тотъ же доступъ, какой имѣютъ и мужчины внѣ университетовъ; что допущеніе женщинъ къ адвокатской дѣятельности не принесетъ послѣдней, по меньшей мѣрѣ, никакого ущерба. Заканчивается это обширное особое мнѣніе не лишеннымъ язвительности указаніемъ на то, что „не только не имѣется на лицо положительныхъ причинъ недопущенія женщинъ къ адвокатурѣ, но что опытъ показываетъ, что во многихъ случаяхъ женщины, предоставленныя собственной иниціативѣ, справляются съ, такъ называемыми, „дѣлами" по управленію имѣніями и даже по приведенію въ порядокъ цѣлыхъ состояній, разстроенныхъ ихъ мужьями, вполнѣ удовлетворительно". Это было писано 10 лѣтъ тому назадъ, въ самую мрачную эпоху девятидесятыхъ годовъ.

Нелишне, можетъ быть, прибавить, что мнѣніе Мясоѣдова нашло тогда откликъ здѣсь, въ нашемъ юридическомъ обществѣ.

Въ комиссіи о реформѣ сената Мясоѣдова интересовалъ вопросъ объ улучшеніи личнаго состава сената. Онъ настаивалъ на устраненіи вмѣшательства министерства юстиціи въ назначеніе сенаторовъ и предоставленіи самому сенату права кооптировать сенаторовъ изъ состава чиновъ палаты, которыхъ сенатъ лучше всего знаетъ по доходящимъ до него рѣшеніямъ. Въ болѣе широкомъ стилѣ была предположена другая часть реформы сената: предлагалось предоставить сенату право самостоятельной законодательной иниціативы, съ чѣмъ связывалось, сообразно съ условіями прежняго государственнаго строя, право непосредственнаго высочайшаго доклада всѣхъ первоприсутствующихъ сената. Детали работъ Мясоѣдова въ этой области, впрочемъ, мало из-

вѣстны, такъ какъ участіе его ограничилось работою комиссіонною, а ходъ работъ комиссіи не преданъ пока гласности.

Впрочемъ, долженъ сознаться, вся эта часть дѣятельности Мясоѣдова, хотя съ виду болѣе общая и широкая, кажется мнѣ не столь важною, какова бы ни была широта его реформаторскаго размаха, и даже если бы этотъ размахъ захватилъ и болѣе широкія области общественной жизни. Мясоѣдовъ былъ судья, прежде всего судья. Въ немъ была та искра Божья, которая зажигается отъ прикосновенія съ неправдою въ живомъ конкретномъ ея воплощеніи, освѣщая путь къ истинѣ и справедливости. И этотъ священный даръ природы онъ сумѣлъ не разронять, не принизить, а, наоборотъ, укрѣпить и возвеличить, благодаря своей простой, но глубокой, непреодолимой вѣрѣ въ равенство всѣхъ людей и въ особую цѣнность истинной, внутренней свободы и независимости. А эти данныя, при исполинской его трудоспособности и неисчерпаемой любви къ труду, при вѣрѣ въ огромную государственную цѣнность культурнаго труда, дали ему возможность накопить для насъ и для нашего потомства снаружи незамѣтный, лишенный марки личнаго творчества, но въ существѣ огромный вкладъ въ исторію русскаго правосудія. И изъ памяти всѣхъ, кому дорогъ въ Россіи судъ правый, милостивый, скорый и равный для всѣхъ, никогда не должно исчезнуть имя Николая Николаевича Мясоѣдова.

Рѣчь М. М. Винавера была покрыта аплодисментами присутствовавшихъ.

Собраніе, по предложенію предсѣдателя, почтило память усопшаго Н. Н. Мясоѣдова вставаніемъ.

Затѣмъ собраніе перешло къ слушанію доклада члена общества *А. А. Пиленко*, который началъ съ того, что онъ въ своемъ докладѣ не намѣревается коснуться достоинствъ проекта, внесеннаго въ Государственную Думу, т. к. они ясны для всѣхъ; цѣлью доклада будетъ лишь критика законопроекта. Прежде всего надлежитъ остановиться на объемѣ понятія авторскаго права. Ст. 4 проекта гласитъ: „Авторское право признается: 1) въ отношеніи произведеній, появившихся въ свѣтъ въ Россіи,—за всѣми авторами и правопреемниками ихъ независимо отъ ихъ подданства; 2) въ отношеніи произведеній, появившихся въ свѣтъ за границей, — за авторами, состоящими въ русскомъ подданствѣ, и за ихъ правопреемниками,

хотя бы послѣдніе были иностранными подданными, и 3) въ отношеніи произведеній, находящихся въ неопубликованномъ видѣ,—за всѣми авторами и ихъ правопреемниками, независимо отъ ихъ подданства и мѣстонахожденія произведенія.

Авторское право иностранныхъ авторовъ на ихъ произведенія, появившіяся въ свѣтъ за границею, признается въ Россіи, поскольку въ государствахъ, подданными коихъ они состоятъ, авторское право русскихъ подданныхъ пользуется не меньшею охраною".

Здѣсь есть нѣкоторая редакціонная неточность. Послѣдній абзацъ ст. 4 основываетъ защиту авторскаго права на произведенія иностранныхъ авторовъ, появившіяся въ свѣтъ за границею, на принципѣ взаимности. Но взаимность бываетъ двухъ родовъ: 1) réciprocité judiciaire и 2) réciprocité diplomatique. Въ законѣ не указано, о какомъ изъ видовъ réciprocité идетъ рѣчь. Réciprocité judiciaire фактически провести нельзя, ибо невозможно, чтобы законы одной страны буквально совпадали съ законами другой страны; слѣдовательно авторы проекта имѣли въ виду réciprocité diplomatique, а тогда является непонятнымъ появленіе статьи въ проектѣ. Затѣмъ какъ сочетать ст. 4 со ст. 33 и со статьею 30. Статья 33, допуская свободу перевода ограничиваетъ ее договорами, а ст. 30 запрещаетъ перепечатку въ Россіи литературныхъ произведеній, изданныхъ за границею безъ согласія лица, имѣющаго авторское право. Одно изъ двухъ: или статья 4 является общей и доминируетъ, или же она является излишней. Затѣмъ, если смотрѣть на статью 4, какъ на устанавливающую общія положенія, а на ст. 30 и 33, какъ на статьи сепаратныя, то въ виду того, что во второй статьѣ выражается запрещеніе, а въ первой дозволеніе, невольно напрашивается возможность чего то средняго, т. к. законъ долженъ или указать то, что онъ дозволяетъ, или наоборотъ то, что онъ запрещаетъ. Значеніе ст. 30, запрещающей перепечатку, рядомъ со ст. 4 является непонятнымъ. Если говорить, что авторское право защищается, значитъ, оно защищается во всѣхъ видахъ, установленныхъ законодателемъ.

Далѣе, законопроектъ говоритъ, что авторское право защищается съ момента появленія произведенія на свѣтъ, но что такое произведеніе, появившееся на свѣтъ? Если кто-либо публично читаетъ свое произведеніе, есть ли это уже появленіе его на свѣтъ? Авторское право должно защищать связь автора

съ его произведеніемъ, съ его мыслями. Эта связь для него гораздо интимнѣе въ тотъ моментъ, когда его произведеніе не напечатано и не сдѣлалось достояніемъ общества, и этотъ моментъ нуждается въ большей защитѣ. Авторы законопроекта однако разрѣшаютъ печатаніе драматическаго произведенія, еще не отпечатаннаго, но поставленнаго на сценѣ. Помимо того, что здѣсь нарушается интимность, такого рода печатаніе обязательно связано съ коверканіемъ произведенія, т. к. оно должно быть записано по слуху и по памяти. Говоря о срокахъ, нашъ проектъ не объединяетъ ихъ въ какой-либо одной статьѣ; правила о нихъ изложены въ ст. 10, 11, 12 и 16, и кромѣ того онѣ не даютъ яснаго понятія о срокахъ.

Изложивъ эти соображенія, докладчикъ просилъ разрѣшенія, пока на этомъ остановиться, въ видахъ большаго удобства обсужденія замѣчаній по частямъ.

Слово было затѣмъ предоставлено присутствовавшему въ засѣданіи докладкику комиссіи Государственной Думы О. Я. Пергаменту.

О. Я. Пергаментъ указалъ, что можно смотрѣть различно на объемъ авторскаго права. Министерскій законопроектъ стоитъ на точкѣ зрѣнія свободы перевода, но не проводитъ послѣдовательно принятое имъ положеніе въ законѣ, и переноситъ этотъ вопросъ въ иную сферу—въ сферу дипломатическихъ переговоровъ. Что касается до ст. 4, то въ ней ясно выражены три принципа: принципъ территоріальный, принципъ національный и принципъ универсальный. Въ главѣ первой излагаются общія положенія и только въ остальныхъ спеціальныя подраздѣленія, поэтому нормы, нашедшія себѣ мѣсто въ первой главѣ примѣнимы и къ спеціальнымъ видамъ авторскаго права. Ст. 30 запрещаетъ литературное пиратство. Ст. 33 занимаетъ двоякую позицію: признавая свободу перевода, она въ то же время дѣлаетъ извѣстныя ограниченія въ предѣлахъ соглашенія.

Что касается до разрѣшенія печатанія записаннаго по слуху драматическаго произведенія и нарушенія этимъ допущеніемъ интимности, то слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что наличность постановки произведенія на сценѣ уже не свидѣтельствуетъ о такой интимности, о которой говоритъ докладчикъ, а затѣмъ принять мѣры охраненія есть дѣло автора. Volenti non fit injuria.

А. А. Пиленко перешелъ затѣмъ ко второму вопросу,— къ объектамъ авторскаго права. Проектъ говоритъ о литературныхъ произведеніяхъ, музыкальныхъ, художественныхъ и съ величайшимъ трудомъ о фотографическихъ произведеніяхъ. Между тѣмъ послѣднія далеко не заслуживаютъ такого презрительнаго отношенія. Въ этой области искусство сдѣлало большіе успѣхи. Изъ вышеприведеннаго перечня объектовъ видно, что проектъ оставилъ совершенно безъ вниманія граммофонныя пластинки и кинематографъ. Между тѣмъ эти изобрѣтенія имѣютъ большую промышленную цѣнность. Извѣстно, что среднему пѣвцу за спѣтый романсъ уплачиваютъ по 300 рублей, а болѣе выдающіеся получаютъ до 10000 руб. за романсъ. Въ граммофонныхъ дискахъ соединяются три творчества, и каждое изъ этихъ творчествъ должно получать вознагражденіе. Прежде всего авторъ музыкальнаго произведенія, и онъ тѣмъ большее имѣетъ право, что цѣнность музыкальнаго произведенія падаетъ по мѣрѣ повторенія. Трепаніе той или иной аріи въ кабакахъ приноситъ не только матеріальный, но и моральный ущербъ. Затѣмъ творчество пѣвца, пропѣвшаго арію. Наконецъ, надо платить и записывающему звуки на граммофонную пластинку, т. к. работа послѣдней требуетъ большого искусства: по техническимъ условіямъ работы записывающій долженъ знать всю арію наизусть. Защиты требуетъ равнымъ образомъ и кинематографъ. Обо всемъ этомъ въ проектѣ нѣтъ ни слова.

Обращаясь далѣе къ области прикладного искусства, слѣдуетъ замѣтить, что по современнымъ условіямъ оно играетъ большую роль, чѣмъ чистое искусство. Die Schönheit ist eine Weltanschauung. Съ самаго ранняго возраста мать старается окружить ребенка красивою обстановкою, внушить ему вкусъ къ эстетичному. На это прикладное искусство проектъ смотритъ съ устарѣлой точки зрѣнія, противополагая его искусству чистому. Соотвѣтствующія нормы находятъ себѣ мѣсто въ уставѣ о промышленности. Внутреннее различіе между этими двумя видами искусства провести бываетъ иногда довольно трудно. Если прикладное искусство хочетъ быть защищеннымъ, то необходимо совершить заявку. Но это далеко не дешевая вещь. Одинъ ювелирный магазинъ въ Германіи долженъ былъ за заявки уплатить около 15000 марокъ въ годъ.

Относясь столь несправедливо къ прикладному искусству,

проектъ помѣщаетъ статью, которая даетъ возможность врагамъ художественной промышленности, неспособнымъ къ какой-либо самостоятельности — выгодно бороться съ нею. Ст. 54 п. 4 гласитъ: „не признается нарушеніемъ авторскаго права на художественное произведеніе: ..... помѣщеніе отдѣльныхъ частей художественнаго произведенія въ издѣліяхъ заводской, фабричной и ремесленной промышленности.

О. Я. Пергаментъ очень сочувственно относится къ идеѣ расширенія круга объектовъ авторскаго права. Конечно, можно смотрѣть на талантъ, какъ на искру Божію, какъ на продуктъ общества, и съ этой точки зрѣнія творенія таланта должны безмездно поступать обществу. Но есть и иное отношеніе къ таланту, — то отношеніе, которое выразилось во взглядахъ докладчика. Къ нему съ своей стороны примыкаетъ и оппонентъ. Докладчикъ говорилъ о желательности защиты граммофоновъ и кинематографовъ. Но можно пойти еще дальше, можно указать и на другіе виды искусства, какъ, напримѣръ, режиссерское искусство, хореографія и т. д. до безконечности. Съ точки зрѣнія практическихъ потребностей долженъ быть извѣстный предѣлъ. Указаніе автора на нѣсколько пренебрежительное отношеніе къ фотографіи не совсѣмъ справедливо. Увеличеніе срока защиты авторскаго права на фотографическія произведенія съ 5 лѣтъ (какъ это предполагалось въ министерскомъ проектѣ) на 10 можно считать большимъ завоеваніемъ комиссіи. Есть еще цѣлая область, которая par excellence требуетъ защиты — это научная фотографія. Касательно же области граммофоннаго искусства оппонентъ вполнѣ раздѣляетъ мнѣніе докладчика и имъ даже составлена записка въ этомъ смыслѣ.

В. М. Нечаевъ. Докладчикъ говоритъ о желательности расширенія круга объектовъ авторскаго права. Но одновременно съ этимъ докладчикъ самъ указываетъ на все болѣе сознаваемую необходимость введенія повсюду художественнаго элемента. Вмѣстѣ съ этимъ рука объ руку идетъ демократизація искусства. И вотъ при такихъ условіяхъ спрашивается: какъ же защищать авторское право? Неужели авторъ долженъ бѣгать и слѣдить по всѣмъ кабакамъ, не воспроизводятъ ли пластинки пропѣтой имъ аріи безъ надлежащаго разрѣшенія? Авторское право по своему существу есть продуктъ времени, вытекающій изъ необходимости защиты экономическаго благосостоянія авто-

ровъ. Несомнѣнно въ будущемъ, при болѣе интенсивномъ развитіи выставленныхъ выше двухъ началъ, авторы должны будутъ искать обезпеченія не во всѣхъ плодахъ своихъ трудовъ, выражающихся между прочимъ въ исполненіи ихъ произведеній въ широкихъ массахъ населенія, а въ выгодахъ той профессіи, къ которой они принадлежатъ. Точка зрѣнія докладчика на способы защиты авторскаго права есть устарѣлая точка зрѣнія.

М. М. Винаверъ указываетъ на то, что по вопросу о расширеніи объема авторскаго права не согласенъ въ мотивировкѣ съ предыдущимъ ораторомъ. Тотъ идеальный строй, который далъ бы возможность обществу безвозмездно пользоваться плодами ума, а съ другой стороны обезпечивалъ бы авторовъ помимо ихъ трудовъ — представляется явленіемъ далекаго будущаго, а потому необходимо авторское право защитить иными способами. Трудность защиты вовсе не является основаніемъ уничтоженія защиты. Обращаясь къ докладчику, слѣдуетъ замѣтить, что право можетъ имѣть дѣло съ объектами ясными, опредѣленными, съ понятіями, поддающимися кристаллизаціи. А съ этой точки зрѣнія проектъ вполнѣ правъ, ограничивъ объемъ понятія авторскаго права литературными, музыкальными художественными и фотографическими произведеніями. Можетъ быть это перечисленіе, отлагавшееся въ теченіе вѣковъ, нѣсколько грубо и неполно, но оно несомнѣнно объемлетъ огромное большинство подлежащихъ защитѣ объектовъ и—главное—оно обладаетъ однимъ огромнымъ достоинствомъ: оно даетъ въ руки судьѣ мѣрило ясное и опредѣленное. Что касается до граммофоновъ и кинематографовъ, то они представляютъ въ сущности комбинацію тѣхъ же искусствъ, съ весьма незначительными и опредѣленными добавленіями. Въ области же прикладного искусства нельзя отличить предметы пользующіеся защитою права отъ предметовъ таковымъ не пользующихся, и еще долго, вѣроятно, нельзя будетъ обособить здѣсь то, что заслуживаетъ особой защиты, какъ продуктъ авторскаго права отъ того, что̀ является элементомъ обычнаго хозяйственнаго пользованія, запретъ воспроизведенія коего могъ бы привести къ полной остановкѣ промышленной дѣятельности.

А. А. Пиленко. Проектъ даетъ защиту заводской, фабричной и ремесленной промышленности, слѣдовательно, на его

обязанности лежитъ указать такой признакъ. Прикладное искусство пользуется защитою въ уставѣ о промышленности; по мнѣнію докладчика защиту оттуда слѣдуетъ перенести въ статьи, говорящія о защитѣ авторскаго права. Кинематографъ и граммофонъ не являются комбинаціею искусства, они представляютъ изъ себя самостоятельныя искусства.

Здѣсь говорилось о томъ, что матеріальное обезпеченіе авторовъ должно покоиться не на защитѣ ихъ произведеній. Спрашивается: чѣмъ же они должны зарабатывать свой хлѣбъ; ужъ не канцелярской ли перепиской? Оппонентъ утверждалъ, что онъ стоитъ на демократической точкѣ зрѣнія; съ этимъ никакъ согласиться нельзя, такъ какъ указанныя воззрѣнія приводятъ къ меценатству.

При составленіи законопроекта имѣлось между прочимъ въ виду облегчить присоединеніе Россіи къ Бернской конвенціи. Уже въ силу этого необходимо было приложить всѣ старанія для того, чтобы нашъ законопроектъ былъ если не выше, то нисколько не уступалъ законодательствамъ государствъ, принимавшихъ участіе въ названной конвенціи. Въ силу ст. 2 Бернской конвенціи авторы, принадлежащіе къ числу подданныхъ государства союза, или ихъ правопреемники, пользуются въ другихъ государствахъ союза защитой ихъ произведеній, какъ напечатанныхъ въ этихъ государствахъ, такъ и еще не изданныхъ, на основаніи правъ, которыя предоставлены или будутъ предоставлены національнымъ авторамъ. По п. 2 той же статьи конвенціи, срокъ защиты произведеній въ другихъ государствахъ не можетъ превышать того, которымъ оно пользуется въ странѣ своего изданія. Поэтому нужно только привѣтствовать, что комиссіи удалось срокъ защиты авторскаго права на фотографическія и имъ подобныя произведенія увеличить съ 5 до 10 лѣтъ.

Переходя къ дальнѣйшимъ замѣчаніямъ, А. А. Пиленко остановился на ст. 31 проекта. Она гласитъ: „Авторъ сочиненія, изданнаго въ Россіи, а также русскій подданный, напечатавшій свое сочиненіе за границею, пользуется исключительнымъ правомъ перевода его на другіе языки, если на заглавномъ листѣ или въ предисловіи сочиненія заявилъ о сохраненіи за собою этого права“. Помѣщеніе приведенной статьи въ законопроектъ совершенно нежелательно, такъ какъ она сводится въ сущности къ спекулированію на забывчивость автора.

Въ началѣ законопроекта помѣщена общая часть, общія положенія, но они далеко не представляютъ изъ себя чего-либо законченнаго. Ст. 3 гласитъ: „не считается нарушеніемъ авторскаго права пользованіе чужимъ произведеніемъ для созданія новаго произведенія, существенно отъ него отличающагося, а равно снятіе копій съ чужого произведенія исключительно для личнаго употребленія и безъ помѣщенія притомъ въ копіяхъ художественнаго произведенія подписи или монограмы автора подлинника". Аналогичныя положенія повторяются и въ п. 1 ст. 41 и ст. 53 особенной части проекта. Ст. 53 въ числѣ способовъ нарушенія авторскаго права на художественныя произведенія указываетъ: 1) повтореніе, размноженіе или изданіе произведенія, въ цѣломъ или въ части: а) другимъ способомъ, относящимся къ тому же *роду искусства*... А что такое *родъ искусства*, объ этомъ въ проектѣ не говорится.

Правила о цитатахъ слѣдовало, конечно, помѣстить въ общую часть законопроекта, а между тѣмъ они находятъ себѣ мѣсто частью въ главѣ, говорящей объ авторскомъ правѣ на музыкальныя произведенія (ст. 41 п. 2), частью въ главѣ объ авторскомъ правѣ на художественныя произведенія (ст. 54 п. 2). Въ общую же часть слѣдовало помѣстить и право опубликованія. Остается остановиться на послѣднемъ вопросѣ— о правѣ переводовъ. По этому вопросу существуетъ большой споръ, въ которомъ невольно отражаются политическіе взгляды спорящихъ. Докладчикъ—противникъ свободы переводовъ. Она къ тому же и неосуществима. Хотя проектъ и признаетъ свободу въ ст. 33, но она совершенно парализуется ст. 32, въ силу коей стоитъ только одновременно издать произведенія на нѣсколькихъ языкахъ, чтобы признать ихъ тѣмъ самымъ на всѣхъ этихъ языкахъ подлинниками.

О. Я. Пергаментъ Говоря объ исключительномъ правѣ переводовъ на другіе языки—принадлежащемъ авторамъ лишь подъ условіемъ оговорки на заглавномъ листѣ или въ предисловіи сочиненія о сохраненіи за собою этого права—проектъ ничего новаго не вводитъ. Это правило встрѣчается и во всѣхъ законодательствахъ и на практикѣ никакихъ затрудненій не вызываетъ, такъ какъ его исполняютъ не сами авторы, а издатели. Что касается указанія на несоблюденіе системы, то хотя это и справедливо, но строго выдержанная система не-

обходима скорѣе въ академическомъ трактатѣ, въ законодательномъ актѣ, для практическихъ цѣлей она можетъ нарушаться. Въ сущности въ особенныхъ частяхъ помѣщено лишь примѣрное перечисленіе положеній нашедшихъ себѣ мѣсто въ общей части, и это повтореніе не представляется чѣмъ-либо отрицательнымъ. Общее начало выдержано во всѣхъ сепаратныхъ статьяхъ. Употребляя выраженіе *„родъ искусства“* составители не хотѣли заранѣе связать судью въ свободной оцѣнкѣ.

Опасеніе докладчика, что ст. 32 можетъ погубить свободу переводовъ и служить для обхода ст. 31 неосновательно. При созданіи 32 ст. имѣлось въ виду охранить т. называемыя Editions de luxe. Что касается указанія на возможность одновременнаго изданія своего сочиненія на языкѣ оригинала и на рус. языкѣ, то практически такіе случаи являются мало вѣроятными.

А. А. Пиленко. Если относиться благосклонно къ повтореніямъ, то тогда совершенно упраздняется общая часть. Слѣдуетъ сказать больше: примѣрный перечень, при наличности спеціальной психики нашихъ судей, заставитъ ихъ держаться за букву закона, будетъ препятствовать самостоятельной творческой дѣятельности.

С. А. Бѣляцкинъ. На народное правосознаніе свобода переводовъ повліяетъ отрицательно. Она будетъ способствовать уничтоженію уваженія къ авторскому праву. Съ другой стороны всякій авторъ можетъ требовать, чтобы его переводилъ тотъ, кого онъ изберетъ. Право перевода необходимо защитить.

Закрывая засѣданіе, *предсѣдатель* отмѣтилъ то пріятное впечатлѣніе, которое должны переживать всѣ присутствующіе при обсужденіи впервые въ юридическомъ обществѣ законопроекта, внесеннаго въ законодательное учрежденіе новаго строя, въ Государственную Думу. Такое обсужденіе думскихъ законопроектовъ въ юридическомъ обществѣ можетъ внести полезный большой коррективъ въ работу новыхъ законодательныхъ учрежденій, въ особенности въ области вопросовъ спеціальныхъ, и потому слѣдуетъ пожелать, чтобы и въ будущемъ законопроекты вносились также на предварительное публичное обсужденіе ученыхъ обществъ, корпорацій. Гражданское отдѣленіе начало съ обсужденія законопроекта по

авторскому праву, но есть болѣе важная и великая задача— это все наше новое гражданское уложеніе. Пусть же и работы думскихъ комиссій по всѣмъ частямъ Гражданскаго Уложенія, ранѣе утвержденія ихъ Государственною Думою, станутъ предметомъ обсужденія въ юридическомъ обществѣ. Затѣмъ присутствующіе по предложенію предсѣдателя выразили благодарность референту и докладчику думской комиссіи за докладъ и замѣчанія. Предсѣдатель объявилъ, что дальнѣйшія замѣчанія А. А. Пиленко на законопроектъ объ авторскомъ правѣ составятъ предметъ особаго доклада.

Засѣданіе закрылось въ 12 ч. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

18 декабря 1908 года.

Засѣданіе было открыто въ $8^3/_4$ часовъ вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества, *М. М. Винавера.*

Предметомъ занятій явился докладъ по гражданскому отдѣленію дѣйствительнаго члена общества *А. А. Пиленко*: Дальнѣйшія замѣчанія на внесенный въ Государственную Думу законопроектъ объ авторскомъ правѣ.

Докладчикъ указалъ, что послѣ общихъ соображеній, высказанныхъ въ прошломъ засѣданіи Общества, слѣдуетъ перейти къ отдѣльнымъ статьямъ проекта,—причемъ удобнѣе было бы, если бы по отдѣльнымъ статьямъ были тотчасъ же высказываемы и возраженія. Прежде всего надлежитъ остановиться на томъ недоумѣніи, которое вызывается соотношеніемъ между *ст. 12* и *ст. 28*. Ст. 12 гласитъ: „издатели народныхъ пѣсенъ и мелодій, пословицъ, сказокъ, повѣстей, былинъ и тому подобныхъ произведеній народнаго творчества, сохранившихся въ изустномъ преданіи, а равно составители сборниковъ такихъ произведеній, а также составители сборниковъ рисунковъ и иныхъ произведеній народнаго искусства, пользуются авторскимъ правомъ на эти сборники въ теченіе пятидесяти лѣтъ со времени ихъ изданія“ и т. д. Содержаніе же ст. 28 слѣдующее: „издатель древней рукописи пользуется авторскимъ правомъ на свое изданіе въ теченіи пятидесяти лѣтъ со вре-

мени выхода его въ свѣтъ“ и т. д. Изъ сопоставленія этихъ двухъ статей невольно напрашивается выводъ, что разъ издатель древней рукописи защищается постольку, поскольку защищаются издатели народныхъ пѣсенъ, мелодій, сказокъ, составители сборниковъ и т. д., то, слѣдовательно, онъ вполнѣ подойдетъ подъ ст. 12. а если это такъ, то ст. 28 является излишней.

О. Я. Пергаментъ замѣтилъ, что необходимо имѣть въ виду исторію возникновенія ст. 28. Дѣло въ томъ, что въ ст. 12 говорится между прочимъ о составителяхъ сборниковъ. Подъ послѣдними же разумѣется собраніе нѣсколькихъ произведеній; такъ что открытіе и изданіе, напримѣръ, Псковской Судной Грамоты не подошли бы подъ ст. 12. И вотъ для такихъ случаевъ и была создана ст. 28. Возникалъ также вопросъ, не перенести ли ее въ общую часть, но въ виду спеціальнаго ея содержанія (она относится только къ узкой области авторскаго права на литературныя произведенія) рѣшено было оставить ее въ главѣ, говорящей о спеціальномъ видѣ авторскаго права.

А. А. Пиленко. Въ такомъ случаѣ ст. 28 слѣдовало помѣстить въ общую часть, такъ какъ она можетъ относиться не только къ спеціальному виду литературныхъ произведеній. Если необходимо защитить издателя, нашедшаго древнюю рукопись, то съ одинаковымъ основаніемъ требуетъ защиты находка рукописи какого-либо музыкальнаго произведенія, напримѣръ, Бетховена. Итакъ, ст. 28 слѣдуетъ перенести въ общую часть; мало того, помѣщая ее въ общую часть, слѣдуетъ подчеркнуть, что за издателями только въ томъ случаѣ будетъ признаваться авторское право, если они въ свои изданія внесутъ элементъ творчества.

О. Я. Пергаментъ. Подчеркиваніе, о которомъ говоритъ докладчикъ, уже имѣется въ проектѣ въ ст. 3, которая предусматриваетъ случай не нарушенія авторскаго права при пользованіи чужимъ произведеніемъ для созданія новаго произведенія, лишь подъ условіемъ, чтобы послѣднее существенно отъ него отличалось. Случаи находки нотной рукописи по своему значенію не могутъ сравниться съ открытіемъ какого-либо рукописнаго памятника, создающаго иногда цѣлую эру; да къ тому же находка такой нотной рукописи можетъ всегда найти защиту изъ совокупнаго смысла статей объ авторскомъ правѣ.

Составители создали особенную 28 статью, въ виду важности относящагося сюда объекта.

А. А. Пиленко. Это будетъ имѣть, при спеціальной психикѣ нашихъ судей, тотъ нежелательный результатъ, что судья будетъ ограничиваться лишь текстуальнымъ толкованіемъ, не будетъ вносить въ свою дѣятельность творческаго начала. Въ его умѣ невольно возникнетъ представленіе, что разъ древняя рукопись помѣщена отдѣльно, то, слѣдовательно, она только и защищается.

О. Я. Пергаментъ. Во взглядахъ на судейское толкованіе составители проекта исходили изъ другого воззрѣнія, чѣмъ докладчикъ. Предполагалось, что судья долженъ проявлять творчество, признавалось необходимымъ, чтобы онъ свободно оцѣнивалъ лежащіе предъ нимъ факты; этимъ самымъ дается возможность дать толчекъ свободному творчеству. Это тѣмъ болѣе необходимо, что при современномъ быстромъ движеніи культуры, жизнь ежедневно выдвигаетъ цѣлый рядъ новыхъ вопросовъ, которые не могутъ быть разрѣшены судьею, лишеннымъ творческаго начала.

М. М. Винаверъ. Благожелательная тенденція предоставить широкій просторъ судейскому усмотрѣнію, отнюдь не является основаніемъ не предусмотрѣть то, что можно предусмотрѣть и не обобщить то, что возможно, обобщить. Между ст. 12 и ст. 28 нѣтъ связи, такъ какъ послѣдняя говоритъ о спеціальномъ видѣ литературныхъ произведеній — древнихъ рукописяхъ. Нѣтъ никакого основанія не подводить или не распространить этой статьи на музыкальныя рукописи. Такимъ образомъ, является полная возможность ст. 28 обобщить и ввести ее въ общую часть.

А. А. Пиленко переходитъ затѣмъ къ правилу, выраженному въ *статьѣ 49*—отчужденіе художникомъ художественнаго произведенія не переноситъ на пріобрѣтателя авторскаго права на это произведеніе.—Это правило тоже слѣдовало бы обобщить и перенести въ общую часть, такъ какъ оно можетъ относиться не только къ художественнымъ произведеніямъ. Случаи подходящіе подъ ст. 49 въ проектѣ указаны въ ст. 56, говорящей объ архитектурныхъ, инженерныхъ и иныхъ техническихъ планахъ и рисункахъ и въ ст. 36, говорящей о публично произнесенныхъ рѣчахъ.

О. Я. Пергаментъ. Такая статья имѣется въ общей части, именно, ст. 9.

А. А. Пиленко. Для художественныхъ произведеній законъ презюмируетъ, что отчужденіе художественнаго произведенія еще не обозначаетъ передачу права.

О. Я. Пергаментъ. Различная нормировка происходитъ отъ различія нормируемыхъ объектовъ. Передача художественнаго произведенія заключаетъ въ себѣ передачу и вещи и творчества, чего нѣтъ въ литературныхъ произведеніяхъ. Въ художественныхъ произведеніяхъ слѣдуетъ различать право на вещь и на авторское право.

А. А. Пиленко. Понятіемъ художественнаго произведенія обнимается и фотоцинкографія, а послѣднее совершенно аналогично съ литературнымъ произведеніемъ, слѣдовательно, есть возможность правило ст. 49 распространить и на послѣдній видъ произведенія. Иначе нахожденіе ст. 49 въ спеціальной главѣ можетъ навести на мысль, что передача рукописи уже передаетъ авторское право.

С. А. Бѣляцкинъ. Интересно выяснить, какъ смотритъ проектъ на уступку авторскаго права; есть ли это уступка только права пользованія или же самой субстанціи? Разрѣшеніе этого вопроса стоитъ въ зависимости отъ того, какъ смотрѣть на самое существо авторскаго права, т. е. видѣть въ немъ имущественное, вещное право или же только личное. Съ этимъ вопросомъ связанъ не только теоретическій, но и практическій интересъ. Если право авторское есть право вещное, если уступается сама субстанція, то при потерѣ уступленнаго права, послѣднее становится выморочнымъ. Наоборотъ, если авторское право есть право личное, то, въ силу утраты пріобрѣвшимъ пользованіе, оно снова возвращается собственнику. Къ сожалѣнію въ проектѣ нѣтъ статьи, дающей прямой отвѣтъ.

О. Я. Пергаментъ. Въ проектѣ имѣется отвѣтъ на поставленный вопросъ. Именно, въ главѣ 7. Изъ совокупнаго смысла ст. 62—70 видно, что въ случаѣ, если издатель не воспользуется своимъ правомъ, то послѣднее переходитъ къ автору.

А. С. Талъ. Теоретическое разрѣшеніе возбужденный вопросъ находитъ себѣ въ ст. 2, изъ которой видно, что составители проекта стоятъ на точкѣ зрѣнія профессора Г. Ф. Шершеневича, относящаго авторское право въ виду абсолютнаго права, именно, къ исключительному праву.

А. А. Пиленко. Говоря о нарушеніи авторскаго права, составители выставили два принципа. Первый принципъ на-

шелъ себѣ выраженіе въ *ст. 19* „лицо, умышленно или по неосторожности, нарушившее право автора или его правопреемниковъ, обязано вознаградить потерпѣвшаго за весь причиненный ему убытокъ“ и въ *ст. 20* „лицо, дѣйствовавшее добросовѣстно и нарушившее авторское право по извинительной ошибкѣ, отвѣтствуетъ передъ авторомъ или его правопреемниками лишь въ размѣрѣ полученной прибыли“,—а второй въ *ст. 21* „при опредѣленіи вознагражденія за убытки на основаніи ст. 19 и 20 судъ, по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, установляетъ размѣръ вознагражденія по справедливому усмотрѣнію“. Разъ проектъ стоитъ на этой конструкціи изъ двухъ тезисовъ, то является совершенно непонятнымъ наличность ст. 48—„за самовольное публичное исполненіе драматическаго, музыкальнаго или музыкально-драматическаго произведенія, хотя бы исполненіе и было для публики безплатнымъ, лицо, нарушившее симъ авторское право, подвергается въ пользу автора взысканію въ размѣрѣ, опредѣляемомъ по справедливому усмотрѣнію суда“. Въ этой статьѣ пропускается общій, указанный выше критерій нарушенія авторскаго права и прямо предоставляется судьѣ налагать взысканіе по справедливому усмотрѣнію. Такъ что лицо умышленно можетъ нарушить авторское право на драматическія произведенія, и судья на основаніи справедливаго усмотрѣнія присуждаетъ его лишь къ возмѣщенію въ размѣрѣ полученной прибыли.

О. Я. Пергаментъ настаиваетъ на необходимости ст. 48, въ виду того что содержаніе ея не вытекаетъ изъ ст. 21. Что касается тѣхъ измѣненій, которыя предлагаетъ докладчикъ произвести въ ст. 48, то къ нимъ слѣдуетъ присоединится.

М. М. Винаверъ не находитъ возможнымъ усмотрѣть damnum emergens въ случаяхъ нарушенія авторскаго права. Какъ въ ст. 19 такъ и въ ст. 48—въ обоихъ случаяхъ идетъ рѣчь лишь о lucrum cessans. Lucrum можетъ быть in abstracto и in concreto. Прежде чѣмъ вводить это понятіе въ ст. 48, необходимо указать какое lucrum имѣется въ виду. Въ данномъ случаѣ положеніе ст. 19 слѣдуетъ безъ измѣненія ввести въ ст. 48. Опредѣленіе размѣра убытковъ не стоитъ въ непосредственной связи съ конкретными случаями и это положеніе весьма желательно ввести въ общую часть гражданскаго права, именно въ отдѣлъ о возмѣщеніи за убытки.

Г. Е. Черницкій. Очень часто фактъ признанія убытковъ на

лицо, но размѣры ихъ нельзя доказать, и судъ отказываетъ по недоказанности. Законодатель не долженъ упускать изъ виду и обязанъ считаться съ робостью судейскаго усмотрѣнія. Въ силу этого желательно было бы въ ст. 21 подчеркнуть, что судья при опредѣленіи размѣра вознагражденія, не связанъ фактомъ доказанности этого размѣра.

В. Шмидтъ. Ст. 684 т. X ч. I говоря о вознагражденіи за вредъ и убытки требуетъ: a) наличности дѣянія недозволеннаго, b) причинной связи и c) наличность убытка. Слѣдовало бы указать къ какому изъ этихъ трехъ требованій относится свободное усмотрѣніе, о которомъ говоритъ ст. 21.

А. А. Пиленко. По *ст. 52* снятіе копій съ художественнаго произведенія, пріобрѣтеннаго непосредственно отъ художника въ собственность для храмовъ Божьихъ, Императорскихъ дворцовъ, музеевъ и вообще правительственныхъ и общественныхъ установленій, допускается, съ разрѣшенія подлежащей власти, и безъ согласія художниковъ". Въ этой статьѣ слово „непосредственно" является совершенно нежелательнымъ. Стоитъ только художнику, прежде чѣмъ продать картину въ одно изъ упомянутыхъ въ ст. 52 установленій, уступить право собственности третьему лицу, какъ установленіе, купившее картину отъ третьяго лица, при разрѣшеніи копированія, будетъ связано согласіемъ художника. Эту статью художникъ всегда можетъ обойти, да къ тому же она презюмируетъ отказъ отъ авторскаго права. Она создаетъ затрудненія и стѣсняетъ копированія, такъ какъ неизвѣстно какія картины куплены непосредственно.

О. Я. Пергаментъ. Затрудненія, о которыхъ говоритъ докладчикъ, на практикѣ легко устранимы: слѣдуетъ сдѣлать около картинъ дозволительныя или запретительныя надписи. Если установленія платятъ большія деньги, то они могутъ пріобрѣсти и большія права. Художникъ знаетъ, что продавая въ музей онъ отрѣшается отъ всякихъ дальнѣйшихъ правъ, слѣдовательно, продавать или нѣтъ его добрая воля. Затѣмъ если онъ непосредственно продаетъ музею и не желаетъ допустить свободное копированіе, то ему стоитъ только объ этомъ оговорить.

А. А. Пиленко. Не слѣдуетъ установлять презумпцію отказа отъ авторскаго права. У автора есть право и пока онъ отъ него не отрекся оно принадлежитъ ему.

О. Я. Пергаментъ находитъ такую презумпцію для музеевъ весьма желательною.

А. А. Пиленко. Такая презумпція установлена не только для музеевъ; она встрѣчается и въ ст. 54, 53 и 60. Фотографъ никогда не можетъ запретить воспроизведеніе своего произведенія.

С. А. Бѣляцкинъ. Ст. 52 установлена въ общественныхъ интересахъ, она преслѣдуетъ цѣли насажденія эстетическаго вкуса, слѣдовательно, публичные интересы, а потому никакія pacta privata въ частныхъ интересахъ не допустимы.

М. М. Винаверъ. Въ ст. 52 говорится, что снятіе копій съ художественнаго произведенія допускается съ разрѣшенія подлежащей власти. Слово подлежащей власти слѣдовало бы устранить, т. к. это терминъ ничего опредѣленнаго не говорящій. Неясно, какіе музеи имѣются въ виду. Третьяковскаго галерея не подойдетъ подъ понятіе музея; поэтому слѣдовало бы понятіе музея расширить въ виду задачъ эстетическаго воспитанія.

А. А. Пиленко находитъ необходимымъ измѣнить также и ст. 38 („Въ газетахъ, журналахъ и прочихъ повременныхъ изданіяхъ допускается перепечатка изъ другихъ повременныхъ изданій сообщеній, извѣстій и вообще незначительныхъ по объему статей, за исключеніемъ произведеній изящной литературы, научныхъ и техническихъ; постоянныя изъ одного и того же изданія перепечатки воспрещаются"). Статья эта неправильна прежде всего по своему построенію: съ одной стороны она перечисляетъ дозволенныя дѣйствія, а съ другой недозволенныя:—получается впечатлѣніе возможности чего то третьяго. Далѣе, неправильно исключаются только произведенія изящной литературы, научныя и техническія. Въ газетахъ находятъ себѣ напр. мѣсто цѣлый рядъ цѣнныхъ самостоятельныхъ, политическихъ статей, о которыхъ слѣдовало сдѣлать особую оговорку въ томъ смыслѣ, что онѣ должны быть подчинены соотвѣтствующимъ правиламъ авторскаго права, какъ это и сдѣлано въ Бернской конвенціи. Желательно было бы слова ст. 38 „и вообще незначительныхъ по объему статей" замѣнить „фактическихъ свѣдѣній".

Предсѣдатель *М. М. Винаверъ.* Относясь отрицательно къ постоянному паразитарному существованію одного органа на счетъ другого, слѣдуетъ въ то же самое время избѣгать стѣс-

ненія живого обмѣна мыслей. Конечно, политическая статья есть вполнѣ самостоятельная статья, но чрезвычайно трудно поставить границу между нею и вообще газетною статьею. Получится такая масса рогатокъ, такое стѣсненіе обмѣна мыслей, что приходится высказаться противъ докладчика, при всемъ уваженіи къ авторскому праву. Къ тому же простая перепечатка весьма рѣдко практикуется столичными газетами. Она практикуется въ провинціальной печати, для которой она въ значительной мѣрѣ является условіемъ существованія.

А. А. Пиленко заявилъ, что убѣжденный доводами М. М. Винавера, онъ отказывается отъ своихъ возраженій относительно политическихъ газетныхъ статей, и въ заключеніи считаетъ долгомъ еще разъ остановиться на авторскомъ правѣ иностранныхъ авторовъ на ихъ произведенія. А именно, произведенія, находящіяся въ неопубликованномъ видѣ, находятъ себѣ защиту, а произведенія опубликованныя находятъ себѣ уменьшенную защиту (см. ст. 4). Произведеніе поставленное на сценѣ, но еще не напечатанное не находитъ себѣ защиты. Это положеніе создаетъ возможность всякихъ спекуляцій. Антрепренеры записываютъ пьесу по памяти и слуху и въ такомъ искаженномъ видѣ преподносятъ ее публикѣ.

Предъ закрытіемъ засѣданія по предложенію предсѣдателя *М. М. Винавера* собраніе апплодисментами выразило благодарность референту за прочитанный докладъ.

Засѣданіе закрыто въ $11^{3}/_{4}$ часовъ ночи.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

12 января 1909 года.

Предсѣдательствовалъ *В. Д. Набоковъ.*

Предметомъ занятій служилъ докладъ *П. И. Люблинскаго* на тему: „Введеніе апелляціи по уголовнымъ дѣламъ съ присяжными въ Англіи“ [1]).

Билль объ уголовной апелляціи, ставшій 28 августа 1907 г. закономъ и вступившій въ силу 18 апрѣля 1908 г., является безспорно самымъ радикальнымъ и самымъ важнымъ изъ принятыхъ въ Англіи за послѣднее пятидесятилѣтіе законовъ, касающихся уголовнаго судоустройства и судопроизводства. Онъ явился продуктомъ болѣе чѣмъ шестидесятилѣтней упорной борьбы за введеніе апелляціи по дѣламъ, рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ, и отзвуки этой борьбы не стихли еще теперь, даже съ изданіемъ закона.

Въ выработкѣ этого закона Англія шла совершенно оригинальнымъ путемъ. Опытъ континентальныхъ странъ, широко развившихъ различные виды пересмотра уголовныхъ дѣлъ, нашелъ себѣ слабое и часто невѣрное отраженіе даже въ законодательныхъ мотивахъ къ закону, а своеобразіе судебной системы и традиціонная приверженность къ исторіи не допустили прямыхъ заимствованій. Но, несмотря на все свое своеобразіе, порою даже трудно доступное безъ обстоятельныхъ поясненій для пониманія континентальнаго юриста, новый законъ представляетъ большой интересъ для широкихъ юридическихъ круговъ. Самый вопросъ объ апелляціи или вообще о конструкціи видовъ пересмотра (въ англійскомъ пониманіи этого слова апелляція охватываетъ всякаго рода

---

[1]) Докладъ напечатанъ въ Журналѣ Министерства Юстиціи за январь 1909 г.

обжалованіе судебныхъ рѣшеній) является однимъ изъ самыхъ спорныхъ въ литературѣ и слабо освѣщенныхъ съ политической точки зрѣнія. Съ другой стороны, новый законъ затрогиваетъ рядъ такихъ принциповъ судебнаго строя, заимствованныхъ изъ Англіи континентальнымъ процессомъ, въ незыблемость которыхъ мы привыкли вѣрить и которые въ новомъ законѣ терпятъ значительныя модификаціи. Таковы, напр., принципы тождества обвиненія въ различныхъ инстанціяхъ, невозможности обжалованія фактической стороны вердикта присяжныхъ, принципы устности и личнаго участія обвиняемаго въ процессѣ и пр. Ознакомленіе со всѣми этими сторонами новаго закона не можетъ не способствовать развитію болѣе широкаго взгляда на значеніе отдѣльныхъ принциповъ въ процессѣ и дастъ возможность обсудить, является ли новый законъ объ апелляціи шагомъ впередъ, или же продуктомъ нѣкотораго разложенія той системы англійскаго правосудія, которая въ теченіе всего XIX вѣка служила образцомъ для другихъ европейскихъ странъ.

I.

Когда судъ отправлялся высшимъ авторитетомъ страны — народнымъ собраніемъ или королемъ, каждое рѣшеніе естественно становилось окончательнымъ, не подлежащимъ дальнѣйшему оспариванію. Но, съ развитіемъ, вслѣдствіе роста функціи правосудія, подчиненныхъ, уполномоченныхъ органовъ суда возникла необходимость порою прибѣгать къ главнымъ авторитетамъ, чтобы ихъ вмѣшательствомъ устранить недостаточную правосудность низшихъ судебныхъ органовъ. Это вмѣшательство, осуществляемое первоначально чрезъ посредство отдѣльныхъ приказовъ, обращенныхъ отъ высшихъ органовъ къ низшимъ, позднѣе пріобрѣтаетъ болѣе соотвѣтствующій характеру судебной власти видъ пересмотра дѣла. Въ самомъ дѣлѣ, приказъ вытекаетъ изъ основаній или мотивовъ, въ которыхъ отдаетъ себѣ отчетъ только самъ приказывающій, пересмотръ же покоится на непремѣнномъ принятіи во вниманіе всѣхъ тѣхъ мотивовъ, которыми руководилась первая инстанція, и на замѣнѣ ихъ такими, которые авторитетны non ratione auctoritatis, sed auctoritate rationis. Въ послѣднемъ случаѣ новое рѣшеніе является столь же правосуднымъ актомъ, какъ и первое, если не болѣе, и потому можетъ быть противо-

поставляемо первому рѣшенію, тогда какъ при приказѣ мы имѣемъ скорѣе актъ административнаго распоряженія, противопоставляемый судебному рѣшенію. Форма судебнаго пересмотра такимъ образомъ полнѣе проводитъ начало чистоты судебной дѣятельности, чѣмъ форма отдѣльныхъ приказовъ, и потому въ лѣстницѣ развитія занимаетъ болѣе высокое мѣсто.

Система контроля со стороны центральной судебной власти надъ стоящими ниже судебными органами, которую мы застаемъ по дѣламъ, рѣшаемымъ съ присяжными въ Англіи, до закона 1907 г., приблизительно соотвѣтствуетъ первой системѣ отдѣльныхъ приказовъ, сохраняясь въ своихъ главныхъ основаніяхъ еще съ XIV вѣка. Организованнаго пересмотра уголовныхъ дѣлъ нѣтъ, кромѣ случая суммарнаго производства, гдѣ онъ обставленъ рядомъ ограниченій и прежде всего согласіемъ судьи, рѣшавшаго дѣло, а имѣется лишь рядъ приказовъ, исходящихъ отъ центральнаго королевскаго суда, въ рукахъ котораго по фикціи, до сихъ поръ еще имѣющей въ Англіи значеніе, сосредоточивается все правосудіе страны.

Мы вкратцѣ остановимся на характеристикѣ дѣйствующаго права по вопросу объ апелляціи.

Общими свойствами всякаго обжалованія по англійскому праву являются: 1) *его односторонность:* только осужденный можетъ апеллировать, но не обвинитель; послѣдній даже не заявляетъ на судѣ о томъ наказаніи, которое онъ проситъ примѣнить къ виновному, потому что вопросъ о наказаніи есть предметъ чисто публичнаго интереса, а не частнаго интереса обвиненія; 2) *недопустимость обжалованія въ случаѣ сознанія обвиняемаго:* признаніе виновности „plea of guilty“ исключаетъ судебное слѣдствіе—trial и влечетъ за собою наказаніе какъ законное послѣдствіе, противъ котораго не можетъ быть спора. § 19 Summary Jurisdiction Act 1879 г. предоставляетъ право апелляціи только „обвиняемому, который не призналъ своей виновности или не допустилъ истинности информаціи или жалобы“; только посредствомъ writ of certiorari, основаннаго на правѣ высшаго надзора со стороны High Court, возможенъ пересмотръ и въ случаѣ сознанія, въ случаѣ excess of jurisdiction—превышенія предѣловъ вѣдомства; 3) принципъ reformatio in pejus, въ данномъ случаѣ *усиленія строгости* приговора при пересмотрѣ, всегда допускается англійскимъ правомъ; 4) наконецъ, англійское право общимъ образомъ не знало до новаго закона объ апелляціи особой стадіи

вступленія приговоровъ въ законную силу, *не знало пріостановки приговора исполненіемъ* въ случаѣ обжалованія его; только рядомъ отдѣльныхъ статутовъ постановлялось, что, въ случаѣ апелляціи по опредѣленнымъ дѣламъ суммарнаго производства въ судъ четвертныхъ сессій, исполненіе приговора пріостанавливается. Впрочемъ, на практикѣ даже въ случаяхъ, спеціально не оговоренныхъ, исполненіе болѣе тяжкихъ наказаній (лишеніемъ свободы) признавалось несоотвѣтственнымъ и пріостанавливалось.

Апелляція при *суммарномъ производствѣ* покоится на множествѣ спеціальныхъ актовъ, устанавливающихъ условія, при которыхъ возможно обжалованіе дѣйствій единоличнаго мирового или полицейскаго судьи въ судъ четвертныхъ сессій, при чемъ даже такія основныя условія, какъ срокъ обжалованія, высота наказанія, допускающаго обжалованіе, были различны. Законъ 1879 г. отчасти объединилъ эти разрозненныя постановленія, допустивъ апелляцію противъ всѣхъ приговоровъ, назначающихъ тюремное заключеніе или по нѣкоторымъ имущественнымъ преступленіямъ денежную пеню до 3 ф. ст. (для столицы) и 5 ф. ст. (для провинціи). Не допускается лишь апелляція по всѣмъ дѣламъ, по которымъ подсудимые, подлежа отвѣтственности за indictable offences предъ четвертными сессіями, сами пожелали суммарнаго разбирательства.

Апелляція съ надлежащей мотивировкой и указаніемъ обжалуемыхъ пунктовъ приносится письменно посредствомъ заявленія, подписаннаго жалобщикомъ или его адвокатомъ и сообщаемаго другой сторонѣ и клерку суда. Срокъ подачи ея семь дней. Въ теченіе трехъ дней по ея представленіи жалобщикъ обязанъ представить поручительство судьѣ относительно возможности уплатить издержки по апелляціи, отъ котораго, впрочемъ, постановленіемъ судьи онъ можетъ быть освобожденъ. Размѣръ поручительства по общему правилу доходитъ до 40 ф. ст. Послѣ всего этого клеркъ суда суммарнаго производства отправляетъ акты разслѣдованія (сообщеніе относительно преступленія и назначеннаго за него наказанія, краткія записи о происходившемъ на судѣ и прошеніе, содержащее апелляцію) клерку суда четвертныхъ сессій.

Присутствіе четвертныхъ сессій, рѣшающее дѣла по апелляціи, образуется въ графствахъ изъ всѣхъ мировыхъ судей графства, а въ городахъ (City and Borough Sessions) изъ особыхъ единолично дѣйствующихъ судей-рекордеровъ. Присяжные для

этой цѣли не созываются. Въ такой постановкѣ апелляція является не чѣмъ инымъ, какъ обращеніемъ ко всей коллегіи мѣстныхъ судей по поводу дѣйствій одного изъ ихъ товарищей.

Производство при апелляціи является повтореніемъ производства въ первой инстанціи, новымъ слушаніемъ дѣла, при которомъ соблюдаются всѣ формы гласнаго состязательнаго процесса, допрашиваются свидѣтели, обязательно присутствуютъ стороны, подъ страхомъ проигрыша дѣла; о первомъ процессѣ здѣсь даже не упоминается. Въ опредѣленіи оправданія или новаго наказанія судъ четвертныхъ сессій нисколько не стѣсненъ приговоромъ первой инстанціи. Любопытно отмѣтить, что въ теоріи противникомъ жалобщика (appellant) является не обвинитель, а судья первой инстанціи—„respondent magistrate“, хотя на практикѣ судебный споръ ведется представителями обвинителя [1]). Судебныя издержки возлагаются на жалобщика или на обвинителя, возложеніе ихъ на судью почти не происходитъ вслѣдствіе крайне ограниченной отвѣтственности послѣдняго по англійскому праву. Приговоръ четвертныхъ сессій можетъ быть обжалованъ дальше только въ чрезвычайномъ порядкѣ [2]).

Другой принятой въ суммарномъ производствѣ формой обжалованія является Statement of a case for the opinion of the High Court (special case) — передача дѣла на уваженіе высшаго суда. Привожу сжатое описаніе ея, сдѣланное Бромбергомъ [3]) на основаніи книги Pritchard's Quarter Sessions practice.

Обвиняемый уполномоченъ, если онъ хочетъ обжаловать состоявшееся противъ него рѣшеніе вслѣдствіе лежащей въ основѣ его ошибки въ правѣ или вслѣдствіе превышенія вѣдомства со стороны магистрата, просить о констатированіи допущенныхъ неправильностей для передачи дѣла высшему суду. Это требованіе должно быть передано въ теченіе семи дней клерку суда въ письменной формѣ. Судьѣ предоставляется признать это требова-

---

[1]) Въ этомъ слѣдуетъ видѣть пережитокъ старой эпохи, когда апелляція приносилась противъ судьи.

[2]) По даннымъ уголовной статистики за 1905 г. случаевъ апелляціи на рѣшенія полицейскихъ судовъ было 166 (на 778.865 обвиняемыхъ или 640.000 осужденныхъ, изъ которыхъ, по разсчетамъ Bromberg, по крайней мѣрѣ 15.500 имѣли право на принесеніе апелляціи). Изъ числа принесенныхъ апелляцій 81 отвергнуты, 55 привели къ отмѣнѣ приговора, 30— къ измѣненію его.

[3]) S. 17.

ніе неосновательнымъ (frivolous) и отказать въ немъ, но при этомъ онъ обязанъ выдать удостовѣреніе объ этомъ отказѣ. Съ этимъ удостовѣреніемъ жалобщикъ можетъ обратиться въ высшій судъ и можетъ, изложивъ существо дѣла въ „affidavit", просить о дачѣ предписанія судьѣ на предметъ констатированія спорныхъ сторонъ дѣла. По этому прошенію высшій судъ въ составѣ трехъ судей рѣшаетъ вопросъ объ истребованіи дѣла или объ окончательномъ отказѣ въ прошеніи. Въ первомъ случаѣ, признавъ отказъ полицейскаго судьи неправильнымъ, судъ можетъ возложить на него издержки по производству. Если судья соглашается исполнить первоначальную просьбу осужденнаго или былъ къ тому принужденъ постановленіемъ высшаго суда, то онъ обязанъ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ изложить письменно факты, которые были доказаны на судебномъ слѣдствіи, и возникшіе въ дѣлѣ юридическіе вопросы. Это изложеніе и называется Statement of a case. Въ немъ перечисляются лишь факты, оцѣнки имъ не дается; по вопросамъ правда вкратцѣ излагается взглядъ судьи и сторонъ. Объемъ его обыкновенно невеликъ; онъ какъ-бы соотвѣтствуетъ приговору въ окончательной формѣ. Этотъ документъ выдается жалобщику послѣ того, какъ тотъ представитъ надлежащее поручительство объ уплатѣ будущихъ, могущихъ быть на него возложенными судебныхъ издержекъ. Въ теченіе трехъ дней съ момента полученія, жалобщикъ обязанъ представить это Statement въ трехъ экземплярахъ въ Crown Office, которая представляетъ его въ судъ королевской скамьи, рѣшающій дѣло въ составѣ трехъ судей. На этомъ судѣ обѣ стороны представлены адвокатами; доказательства не пересматриваются; на жалобщикѣ лишь лежитъ обязанность доказать наличность указываемыхъ имъ неправильностей. Судъ отдѣленія королевской скамьи рѣшаетъ спорный правовой вопросъ, при чемъ онъ можетъ устранить постановленный приговоръ, предписавъ судьѣ возобновить дѣло; если онъ признаетъ Statement недостаточнымъ, онъ можетъ потребовать отъ судьи дополнительныхъ объясненій. Понизить наказаніе своею властью судъ не въ правѣ. Рѣшеніе суда королевской скамьи окончательно; оно исключаетъ и возможность послѣдующей апелляціи въ судъ четвертныхъ сессій. Въ формѣ Statement можетъ происходить, съ разрѣшенія высшаго суда, жалоба на неправильное рѣшеніе апелляціи въ судѣ четвертныхъ сессій (по дѣламъ суммарнаго производства), но постановленіе высшаго суда о какомъ-либо правовомъ вопросѣ имѣетъ вообще руководящее зна-

ченіе для четвертныхъ сессій, не оказывая непосредственнаго вліянія на само дѣло, по которому оно состоялось [1]).

На ряду съ „констатированіемъ дѣла“ (statement) англійскому праву извѣстно *„резервированіе дѣла“* (to reserve the case). Это послѣднее происходитъ въ двухъ случаяхъ: 1) судъ четвертныхъ сессій, разсматривая апелляцію на суммарное производство, можетъ резервировать дѣло на рѣшеніе высшаго суда; въ этомъ случаѣ происходитъ Statement по предложенію предсѣдателя четвертныхъ сессій, съ согласія стороны, и затѣмъ дѣло кончается въ порядкѣ, который указанъ выше для „констатированныхъ дѣлъ“; 2) судьи, дѣйствующіе съ участіемъ присяжныхъ (рекордѐръ, коронный судья въ ассизахъ), могутъ по нѣкоторымъ вопросамъ права резервировать дѣло на усмотрѣніе высшаго суда. Въ отличіе отъ „констатированія“, зависящаго отъ воли сторонъ, этотъ второй видъ „резервированія происходитъ“ по усмотрѣнію и желанію судьи; кромѣ того, составъ судей при слушаніи „резервированныхъ дѣлъ“ многочисленнѣе: здѣсь уже недостаточно трехъ судей, а требуется участіе, по крайней мѣрѣ, пяти, а по дѣламъ ассизнымъ даже семи судей, съ необходимымъ участіемъ лорда главнаго судьи. Этотъ судъ составляетъ „Court of Crown Cases Reserved“ (судъ резервированныхъ уголовныхъ дѣлъ). Оно присуще какъ суммарному, такъ и общему процессу съ присяжными. Возникъ этотъ видъ пересмотра слѣдующимъ путемъ.

По обычному праву издавна происходили совѣщанія между судьями на сессіяхъ для обсужденія какихъ-либо трудныхъ вопросовъ права, возникшихъ у нихъ во время производства уголовныхъ дѣлъ. Часто судья, поэтому, резервировалъ трудное дѣло для такого совѣщанія. Актомъ 1848 г. о „Crown Cases Reserved“ эти совѣщанія были замѣнены учрежденіемъ особаго „суда для резервированныхъ уголовныхъ дѣлъ“, которому было дано полномочіе рѣшать вопросы права, возникшіе при судебномъ разбирательствѣ въ ассизахъ или на четвертныхъ сессіяхъ, если предсѣдательствующій судья согласился ихъ „резервировать“ для такого суда. Актомъ 1881 г. эта юрисдикція была вручена High Court of Justice, который долженъ засѣдать въ числѣ не менѣе пяти судей. Вопросы права, могущіе служить основаніемъ къ резервированію, должны быть на судѣ истолкованы *противъ* подсу-

[1]) Въ 1905 г. случаевъ апелляціи путемъ Statement было 86, изъ нихъ въ 45—жалоба была признана неосновательной.

димаго, и дѣло должно было окончиться его осужденіемъ для того, чтобы резервированіе могло имѣть мѣсто.

При резервированіи вынесеніе приговора откладывается, или выносится условный приговоръ. Самое производство въ „судѣ резервированныхъ дѣлъ“ ведется представителями сторонъ. Судъ обсуждаетъ спорный вопросъ и утверждаетъ или кассируетъ приговоръ. Если приговоръ еще не былъ постановленъ, онъ отсылаетъ дѣло подлежащему судьѣ съ указаніемъ, въ какомъ смыслѣ приговоръ долженъ быть постановленъ. Приговоръ по такимъ дѣламъ не содержитъ постановленій о возложеніи издержекъ. Только судьѣ, рѣшавшему дѣло, предоставляется впослѣдствіи вознаградить обвинителя или обвиняемаго изъ мѣстныхъ средствъ.

За 1905 г. число такихъ дѣлъ равнялось 15, что̀ составитъ на 10118 осужденныхъ 0,3%; изъ этихъ 15 случаевъ въ 12-ти приговоръ былъ утвержденъ; средняя цифра резервированій за послѣднее десятилѣтіе была 7. Въ большинствѣ случаевъ, какъ мы видимъ, судъ коронныхъ дѣлъ утверждаетъ приговоръ суда, рѣшившаго дѣло.

Перечисленныя выше формы до извѣстной степени представляютъ собою виды пересмотра, основанные на порядкѣ инстанцій; кромѣ нихъ англійскому праву извѣстны нѣкоторые чрезвычайные виды обжалованія, основанные на полномочіяхъ высшаго суда.

До сихъ поръ еще, какъ мы говорили, въ Англіи сохраняется фикція того, что все правосудіе страны, отправляющееся отъ имени короля въ ассизахъ и четвертныхъ сессіяхъ, проистекаетъ отъ высшаго суда королевства. Въ силу этой фикціи отдѣленіе королевской скамьи, представляющее часть этого суда, осуществляетъ высшій надзоръ за всѣми уголовными судами страны и можетъ требовать къ своему разсмотрѣнію любое изъ дѣлъ, разбирающихся въ низшихъ судахъ (право преимущественной подсудности). Свою власть надъ низшими судами высшій судъ осуществляетъ съ помощью указовъ (writs). Изъ нихъ для нашей цѣли интересными являются: writ of certiorari, writ of new trial и writ of error.

Эти старинные указы, допускавшіеся по дѣламъ, рѣшаемымъ съ присяжными засѣдателями, обезпечивали въ нѣкоторыхъ случаяхъ важнѣйшихъ ошибокъ въ правѣ пересмотръ дѣла высшимъ судомъ; но фактически пользованіе ими было обставлено столь значительными затрудненіями и рискомъ несенія крупныхъ судебныхъ издержекъ, что на практикѣ къ нимъ обращались крайне рѣдко, и рѣшенія присяжныхъ могли признаваться не знающими

ни кассаціи, ни апелляціи [1]). Новый законъ объ уголовной апелляціи, подлежащій нашему разсмотрѣнію, узакопяетъ только создавшуюся практику, вычеркивая изъ закона, writs of error и new trials, какъ мѣры, потерявшія свою практическую годность. Пересмотръ по правовымъ основаніямъ состоялъ изъ ряда устарѣлыхъ формъ, чрезвычайно громоздкихъ и взаимно несогласованныхъ, и потому почти не обезпечивалъ однородности въ пониманіи и истолкованіи закона.

Если пересмотръ по юридической неправильности приговоровъ по дѣламъ съ присяжными являлся на практикѣ крайне затрудненнымъ и фактически осуществлялся лишь въ формѣ резервированія дѣла, то пересмотръ вслѣдствіе неправильнаго признанія фактическихъ обстоятельствъ отсутствовалъ совершенно, и въ качествѣ суррогата его приходилось примѣнять помилованіе даже по такимъ дѣламъ, гдѣ невинность осужденнаго была очевидной. Государственный секретарь по внутреннимъ дѣламъ, содѣйствующій коронѣ съ осуществленіи функціи помилованія, пріобрѣлъ благодаря этому во многомъ судейское положеніе съ необычайно сложными функціями. Полученные благодаря его представленію акты помилованія условно принимались какъ оправданія, будучи предоставляемы лицамъ завѣдомо невиннымъ, хотя фактически акты эти не имѣли силы оправдательныхъ вердиктовъ. Это особенно было замѣтно при возстановленіи судебныхъ ошибокъ, противъ чего въ Англіи нѣтъ иного средства, кромѣ помилованія, такъ какъ институтъ возобновленія уголовныхъ дѣлъ до послѣдняго времени оставался неизвѣстнымъ.

Недостатки дѣйствующаго права сознавались болѣе выдающимися юристами страны, и съ середины XIX вѣка, съ которой, собственно, англійскій процессъ пріобрѣлъ болѣе или менѣе законченное законодательное выраженіе, послѣ долгаго періода пребыванія въ хаотическомъ состояніи caselaw, начинаются проекты установленія болѣе организованнаго пересмотра уголовныхъ дѣлъ. Исторія ихъ весьма поучительна.

II.

Впервые билль объ уголовной апелляціи былъ внесенъ въ парламентъ въ 1844 г. барономъ Фицрой Кэлли и м-ромъ Год-

[1]) Такъ, въ 1905 г. не было ни одного случая предоставленія new trials и writs of error. Writ of certiorari былъ примѣненъ въ 28 случаяхъ.

сонъ. Онъ устанавливалъ общее право апелляціи (независимо отъ основаній) и пересмотра дѣла новымъ судомъ, приближаясь значительно къ континентальной системѣ апелляціи. Этотъ билль, хотя и не прошедшій во второмъ чтеніи, заинтересовалъ парламентъ, и для изслѣдованія положенія дѣла пересмотра вопросъ былъ переданъ въ 1845 г. въ парламентскую комиссію по реформѣ уголовнаго законодательства.

Эта послѣдняя въ своемъ восьмомъ отчетѣ (Eighth Report of the Comission of Criminal law 1845, p. 25), на ряду съ другими мѣрами усовершенствованія правосудія, рекомендовала установить абсолютное право апелляціи по вопросамъ права, какъ это установлено въ настоящее время актомъ 1907 г. „Хотя рѣдко наблюдаются случаи"—писала она въ своемъ отчетѣ,—„когда дѣла, въ которыхъ имѣется дѣйствительное сомнѣніе, не передаются на разсмотрѣніе высшаго суда самими судьями, однако, такъ какъ и мудрѣйшій и лучшій судья можетъ ошибаться, мы полагаемъ, что будетъ болѣе соотвѣтственнымъ правовой политикѣ установленіе абсолютнаго права апелляціи". Комиссія рекомендовала допущеніе апелляціи и по вопросамъ факта. „Замѣчательно, что въ то время, какъ столько и со столь большой пользой сдѣлано въ области уголовныхъ дѣлъ всѣми судьями для исправленія заблужденій и ошибокъ въ вопросахъ права, они не имѣютъ въ своемъ распоряженіи средствъ пересмотрѣть или исправить вердиктъ, неправильный вслѣдствіе какого-либо заблужденія или ошибки со стороны присяжныхъ по вопросамъ факта, хотя очевидно, что при ошибочности фактической стороны дѣлается неудовлетворительнымъ весь приговоръ". Ссылаясь на билль сэра Fizroy Kelly объ уголовной апелляціи, внесенный въ 1844 г., комиссія рекомендовала введеніе апелляціи въ очень широкомъ объемѣ. Далѣе комиссія ссылалась на недавнее введеніе апелляціи по гражданскимъ дѣламъ и доказывала преимущественную пользу ея въ дѣлахъ уголовныхъ. „Въ настоящее время новое производство суда по гражданскимъ дѣламъ допускается по тому ясному и простому основанію, что оно необходимо для предотвращенія ошибокъ и недостатковъ, неизбѣжныхъ при отправленіи правосудія, которыхъ нельзя избѣгнуть, но которые требуютъ средствъ предупрежденія. Однако эти недостатки и ошибки характерны не только для гражданскаго процесса; нѣкоторые изъ нихъ съ большей вѣроятностью могутъ имѣть мѣсто въ уголовномъ судѣ. Вопросы о гражданскихъ правахъ зависятъ большею частью отъ фактовъ, отно-

сительно которыхъ спорнымъ является скорѣе дѣйствіе ихъ, чѣмъ существованіе. Вопросы уголовнаго характера, наоборотъ, часто зависятъ отъ обстоятельствъ скрытаго и тайнаго характера, истинность которыхъ порою весьма трудно вскрыть и, когда приходится прибѣгать къ цѣпи предположительныхъ или косвенныхъ доказательствъ. Поэтому въ зависимости отъ самаго характера разслѣдованія можно ожидать, что какая-либо ошибка или заблужденіе произойдутъ съ большей вѣроятностью при уголовномъ обвиненіи, чѣмъ при гражданскомъ искѣ. Что же касается послѣдствій ошибки въ томъ и другомъ случаѣ, то нельзя отрицать, что неудовлетворительность правосудія по уголовному дѣлу, гдѣ риску подвергается не только собственность и свобода, но даже жизнь, имѣетъ значительно большее значеніе, чѣмъ по гражданскимъ дѣламъ, гдѣ рѣчь идетъ только о собственности“ [1]).

Послѣ проекта 1844 г. начинается серія биллей по этому вопросу. При второмъ чтеніи принятаго нынѣ закона объ апелляціи въ палатѣ лордовъ 6 августа 1907 г. лордъ Эшборнъ замѣтилъ, что этотъ билль не является новымъ, онъ слѣдуетъ за сорока или пятьюдесятью предшествующими биллями, стремившимися, какъ и онъ, создать уголовный апелляціонный судъ. Почтенный лордъ, однако, преувеличилъ цифру. Въ приложеніи къ адресу палаты лордовъ перечислено 28 биллей по этому предмету, вносившихся съ 1844 г., съ указаніемъ существеннаго содержанія ихъ, судьбы ихъ и лицъ, ихъ поддерживавшихъ [2]). Такое обиліе законо-

---

[1]) Нѣсколько позднѣе, въ 1848 г., баронъ Парке отрицалъ эту аналогію по слѣдующимъ основаніямъ: 1) сложные вопросы факта и права, весьма многочисленные въ гражданскомъ процессѣ, чрезвычайно рѣдки въ уголовномъ; 2) быстрота является значительно болѣе важнымъ качествомъ въ уголовныхъ дѣлахъ, чѣмъ въ гражданскихъ. Джиффаръ, въ подтвержденіе этого мнѣнія, указываетъ на недопустимость аналогіи уже потому, что апелляція въ гражданскихъ дѣлахъ двусторонняя, а въ уголовныхъ односторонняя. На несоотвѣтствіе различія между уголовными и гражданскими дѣлами въ отношеніи апелляціи указывалъ, наоборотъ, лордъ Лоребэрнъ: „Въ гражданскихъ дѣлахъ легкость апелляціи громадна; здѣсь предлагались иногда ограниченія, но не было и рѣчи о полной отмѣнѣ. Въ уголовныхъ дѣлахъ законъ постановляетъ противоположное. Когда человѣкъ судится, рискуетъ жизнью, онъ не имѣетъ апелляціи, тогда какъ при спорѣ о 100 ф. ст. дѣло можетъ быть передано въ палату лордовъ. Ясно, что такое положеніе дѣла представляется абсурднымъ“.

[2]) Билли были внесимы въ 1844, 1848, 1858, 1859 (2), 1860, 61, 64, 72, 78 (2), 79, 80 (2), 82 (3), 83 (2), 88, 90, 92, 95, 96, 97, 98, 99, 900, 904, 905,

проектовъ, знаменательное въ качествѣ показателя насущной потребности въ этой мѣрѣ, не является впрочемъ особенно исключительнымъ для медленно работающаго англійскаго парламента; оно лишь свидѣтельствуетъ, что нужно обладать большимъ упорствомъ, чтобы обезпечить въ Англіи проведеніе какой-либо мѣры въ законодательномъ порядкѣ. Ничтожный по своему содержанію билль о разрѣшеніи браковъ съ сестрами умершихъ женъ (Deceased wife sisters bill), принятый тою же осенью 1907 г., потребовалъ болѣе, чѣмъ тридцатилѣтней упорной борьбы за его проведеніе. Законъ объ уголовныхъ доказательствахъ (criminal evidence act 1898) былъ принятъ послѣ 25 биллей, внесенныхъ въ парламентъ съ 1872 г. по этому предмету.

Въ числѣ этихъ „потопленныхъ", по англійской парламентской терминологіи, биллей объ уголовной апелляціи нѣкоторые являлись правительственными. Таковъ былъ проектъ уголовнаго уложенія Criminal Code Bill 1879), составленный Стифеномъ. Органомъ рѣшенія апелляцій по этому биллю должна была являться палата лордовъ. Другой правительственный билль былъ внесенъ въ 1883 г., но послѣ второго чтенія былъ взятъ обратно. Въ числѣ составителей и промоторовъ этихъ биллей мы встрѣчаемъ много именъ авторитетныхъ англійскихъ юристовъ (Stephen, Henry James, William Harcourt, Lloyd-George, Asquith, John Wilson, Balfour и др.).

Кромѣ законодательныхъ попытокъ провести апелляцію въ уголовный процессъ, сами судьи неоднократно пытались своими резолюціями обратить вниманіе на необходимость такой реформы. Въ 1892 г. совѣщаніе судей сообщило государственному секретарю по внутреннимъ дѣламъ резолюцію, въ которой большинство высказывалось рѣшительно въ пользу апелляціи. Судьи указывали, что часты случаи, когда граждане обращаются къ министру съ жалобами на неправильность вердиктовъ. Необходимо, чтобы по такимъ жалобамъ министръ не рѣшалъ единолично, а передавалъ ихъ въ особый судъ, имѣющій полномочіе пересматривать и измѣнять постановленные приговоры. Необходимо также обезпечить большее однообразіе приговоровъ, чѣмъ то имѣется въ настоящее время. Эту задачу могутъ выполнить лишь одно-

---

906. Большинство ихъ не доходило до второго чтенія. Только 12 биллей прошли эту стадію. Ни одинъ изъ нихъ, однако, не былъ принятъ въ трехъ чтеніяхъ обѣими палатами.

родныя рѣшенія апелляціоннаго суда. Этотъ судъ долженъ быть постояннымъ, состоящимъ изъ семи судей отдѣленія королевской скамьи, при кворумѣ въ пять судей. Судьи полагаютъ, что было бы рѣзкимъ противорѣчіемъ основнымъ правиламъ англійскаго права вмѣшательство суда въ случаѣ оправдательнаго вердикта. Никто послѣ оправданія не можетъ быть подвергнутъ опасности осужденія по тому же обвиненію. Но апелляціонный судъ будетъ въ правѣ, въ случаѣ осужденія, смягчить наказаніе или увеличивать его, если факты того потребуютъ. Послѣднее можетъ происходить по предложенію генеральнаго атторнея, который будетъ дѣлать его лишь въ случаяхъ крайней или систематической несоотвѣтственности приговоровъ требованіямъ репрессіи. Обвиняемому должна быть предоставлена возможность пользоваться въ этомъ случаѣ услугами защитника. Въ согласіи съ этими началами судьи выработали проектъ, который, однако, не получилъ движенія. Значительно умѣреннѣе высказалось совѣщаніе судей въ 1895 г. по поводу внесеннаго тогда въ парламентъ билля объ уголовной апелляціи. Судьи хотя и допускали апелляцію, но съ сильными урѣзками по сравненію съ предлагавшимися въ биллѣ реформами.

Таково было положеніе дѣлъ до послѣдняго времени, когда, подъ давленіемъ печати и общественнаго мнѣнія, въ 1906 г. лордъ канцлеръ сэръ Лоребэрнъ внесъ отъ лица правительства билль, которымъ предлагалось предоставить абсолютное право апелляціи всѣмъ осужденнымъ по обвинительному акту. Билль этотъ, послѣ значительныхъ измѣненій въ палатѣ общинъ, перешелъ къ лордамъ, но здѣсь встрѣтилъ суровую принципіальную критику, исходящую отъ лорда Альверстона, занимавшаго тогда должность лорда главнаго судьи, и былъ возвращенъ въ палату общинъ. Во время наступившихъ вакацій билль вызвалъ массу возраженій у юристовъ, побудившихъ правительство взять билль назадъ и вмѣсто того внести чрезъ генеральнаго атторнея сэра Lawson-Walton новый законопроектъ, который, минуя особый комитетъ парламента, былъ переданъ въ главную юридическую комиссію и наконецъ, не безъ нѣкотораго сопротивленія со стороны лордовъ, принятъ 28 августа 1907 г. На такое принятіе его парламентомъ повліяло многое.

Аргументы въ пользу проведенія билля объ уголовной апелляціи росли. Эта стадія процесса получила стройное и широкое развитіе на континентѣ, выдѣлившемъ различныя формы пересмотра и давшее имъ точное юридическое выраженіе. Апелляція

стала укрѣпляться и въ странахъ, принявшихъ въ основѣ англійскую организацію суда, каковы Сѣверо-Американскіе Штаты, британскія колоніи Австралія и Канада, создавшія особые апелляціонные суды. Успѣшное примѣненіе апелляціи по гражданскимъ дѣламъ также краснорѣчиво говорило въ пользу введенія ея и въ область уголовнаго правосудія. Но нуженъ былъ толчокъ, чтобы выдвинуть всѣ эти аргументы, чтобы занять ими общественное вниманіе. И такой толчокъ дали два громкихъ дѣла, показавшихъ недостаточность и опасность существующаго положенія. Это были дѣла Адольфа Бека 1904 г. и Джорджа Эдальджи 1907 г. Въ виду важности ихъ для проведенія закона объ апелляціи, мы въ краткихъ чертахъ изложимъ фактическую сторону этихъ двухъ замѣчательныхъ случаевъ судебной ошибки.

III.

Относительно дѣла Адольфа Бека, представляющаго замѣчательный случай судебной ошибки, въ 1904 г., когда эта ошибка обнаружилась возникла цѣлая литература. Оно вызвало назначеніе особой парламентской комиссіи для разслѣдованія и послужило поводомъ къ возбужденію ряда вопросовъ относительно реформы полиціи и уголовнаго процесса. Мы ограничимся краткой передачей фактической стороны дѣла въ изложеніи парламентскаго отчета и установленіемъ нѣкоторыхъ выводовъ, сдѣланныхъ изъ этого дѣла англійскими юристами.

Въ 1877 г. человѣкъ, называвшійся Джономъ Смитомъ, былъ осужденъ въ Старомъ Бэйли за мошенничества, учиненныя надъ женщинами порочнаго поведенія, состоявшія въ выманиваніи отъ нихъ драгоцѣнныхъ вещей и денегъ. Своихъ цѣлей онъ достигалъ тѣмъ, что выдавалъ себя за богатаго джентльмена, живущаго на St. John's Wood, и предлагалъ своей жертвѣ принять у его знакомыхъ мѣсто экономки. Затѣмъ Смитъ указывалъ ей, что для поступленія на мѣсто требуется новая одежда; для этого онъ писалъ заказъ на имя какого-либо извѣстнаго торговца, въ лавкѣ котораго она могла бы пріобрѣсти требуемое, и выдавалъ ей чекъ на несуществующій банкъ. Тутъ же подъ какимъ-либо предлогомъ онъ бралъ у своей жертвы цѣнный предметъ или деньги, съ которыми и скрывался. Мошенничества эти онъ совершалъ подъ именемъ лорда Виллобай. Уличенный въ этомъ мошенниче-

ствѣ, Джонъ Смитъ былъ приговоренъ къ пятилѣтнему заключенію въ каторжной тюрьмѣ; здѣсь онъ оставался до апрѣля 1881 г., когда былъ условно освобожденъ.

Черезъ много лѣтъ, къ концу 1894 г. полиція начала получать жалобы отъ женщинъ, преимущественно порочнаго поведенія, на то, что онѣ были обмануты человѣкомъ, выдававшимъ себя за лорда Вильтона или лорда Винтона де Виллобай, живущаго на St. John's Wood. Способы совершенія преступленія этимъ послѣднимъ были точно такими же, какъ и тѣ, которые были констатированы въ дѣлѣ Смита. Описанія наружности этого человѣка, данныя женщинами, ставшими жертвами обмана, были очень разнорѣчивы, но представленные ими чеки всѣ были написаны тѣмъ же почеркомъ. Усилія полиціи найти виновнаго были безуспѣшны, пока, наконецъ, ея вниманіе не было обращено на г. Бека впервые 16 декабря 1895 г. Въ этотъ день послѣ полудня Оттилія Мейсонье, ставшая жертвой мошенничества въ предшествующемъ мѣсяцѣ, случайно встрѣтила г. Бека на улицѣ Викторіи и стала обвинять его въ похищеніи ея драгоцѣнностей. Онъ съ негодованіемъ заявилъ, что никогда до этого не встрѣчалъ ея. Тѣмъ не менѣе она послѣдовала за нимъ по улицѣ, пока они не встрѣтили полицейскаго, къ которому оба и обратились; такъ какъ женщина настаивала на своемъ обвиненіи, то оба они были приведены полицейскимъ въ участокъ, гдѣ было внесено въ протоколъ обвиненіе противъ г. Бекъ. Таково было первое вмѣшательство полиціи въ дѣло Бека. Затѣмъ была предоставлена возможность значительному числу женщинъ, приносившихъ жалобы въ полицію, видѣть г. Бека, чтобы убѣдиться, могутъ ли онѣ удостовѣрить тождество его съ человѣкомъ, совершившимъ по отношенію къ нимъ мошенничества. Нѣкоторыя изъ нихъ, съ различною степенью увѣренности, утверждали, что г. Бекъ является разыскиваемымъ виновникомъ, и въ такомъ смыслѣ свидѣтельствовали предъ г. Шейль въ полицейскомъ судѣ. Послѣ того какъ это дѣло пріобрѣло гласность вслѣдствіе обнародованія отчетовъ о засѣданіяхъ полицейскаго суда, одинъ джентельмэнъ, принимавшій участіе въ дѣлѣ Смита и не имѣвшій никакихъ связей съ полиціей, сообщилъ полиціи, что г. Бекъ, безъ сомнѣнія, является вышедшимъ изъ тюрьмы Смитомъ. На основаніи этого сообщенія былъ розысканъ Спуррель, бывшій констэбль полиціи, арестовавшій въ 1877 г. Смита. Онъ показалъ подъ присягой, что Бекъ является Смитомъ, и это его мнѣніе было поддержано

другимъ чиновникомъ, участвовавшимъ въ дѣлѣ Смита. На основаніи этого г. Бекъ былъ преданъ суду по всѣмъ жалобамъ, принесеннымъ противъ него. Его дѣло разсматривалось въ мартѣ 1896 г. въ Старомъ Бэйли предъ судьею Форестъ Фультонъ, онъ былъ осужденъ и приговоренъ къ семилѣтнему заключенію въ каторжной тюрьмѣ. Его судили только по обвиненію въ простомъ преступленіи (misdemeanor), хотя были составлены четыре другихъ обвинительныхъ акта, приписывавшихъ ему тяжкое преступленіе (felony), въ которыхъ указывалось, что онъ былъ осужденъ въ 1877 г. подъ именемъ Смита; но всѣ они были отложены до слѣдующей сессіи, когда былъ изданъ приказъ о прекращеніи по нимъ преслѣдованія. Въ свою защиту на судѣ г. Бекъ выставилъ утвержденіе, что истиннымъ виновникомъ является лицо, осужденное въ 1877 г., а онъ является совсѣмъ другимъ человѣкомъ. Но это утвержденіе не было принято во вниманіе. Для отбытія наказанія онъ былъ заключенъ въ Чельмофордскую тюрьму, а затѣмъ въ Портландъ, въ обоихъ мѣстахъ подвергался режиму, существующему для рецидивистовъ, и носилъ платье, соотвѣтствующее платью для рецидивистовъ. Немедленно послѣ своего осужденія Бекъ направилъ въ министерство внутреннихъ дѣлъ просьбу о помилованіи на томъ основаніи, что на судѣ произошла ошибка въ личности и что поэтому приговоръ неправиленъ. По тѣмъ же основаніямъ онъ представилъ еще нѣсколько прошеній но на всѣ получалъ отрицательный отвѣтъ. Только въ маѣ 1898 г. его адвокатъ представилъ въ министерство прошеніе о возобновленіи дѣла. Тогда впервые, на основаніи этого прошенія, было произведено министерствомъ разслѣдованіе, которое выяснило, что въ 1879 г. при особыхъ обстоятельствахъ Смитъ подвергался осмотру тюремнаго врача въ Портландѣ, который письменно сообщилъ начальнику тюрьмы о томъ, что тотъ подвергался обряду обрѣзанія. Въ соотвѣтствіи съ этимъ было дано предписаніе произвести освидѣтельствованіе Бека, чтобы посмотрѣть, имѣются ли у него эти знаки. При освидѣтельствованіи обнаружилось отсутствіе ихъ. На основаніи этого новаго факта министерство впервые испросило мнѣніе старшаго судьи по этому дѣлу. Въ результатѣ министерство пришло къ заключенію, что оно не должно вмѣшиваться въ дѣло, и предписало только дать Беку новый нумеръ и бумагу, не содержащую указаній на его предшествующее осужденіе. Тотъ фактъ, что Смитъ подвергался обрѣзанію, хотя былъ извѣстенъ полицейскимъ властямъ въ 1879 г. и былъ сообщенъ ими

въ министерство въ 1898 г., однако оставался неизвѣстнымъ для публичнаго обвинителя, и въ болѣе позднее время для полиціи до іюля 1904 г., когда Смитъ снова подпалъ законной отвѣтсвенности. Между тѣмъ, въ іюлѣ 1901 г. Бекъ, отбывъ срокъ своего заключенія, былъ условно освобожденъ. Въ апрѣлѣ 1904 г.—почти три года спустя послѣ своего освобожденія — г. Бекъ былъ арестованъ снова по обвиненію, похожему на то, за которое онъ былъ осужденъ прежде. Онъ былъ судимъ предъ судьей Грэнталомъ и снова осужденъ. Такъ какъ онъ не могъ отрицать своего осужденія въ 1896 г., то съ нимъ обращались, какъ съ лицомъ, признавшимъ свое предшествующее осужденіе. Однако, ученый судья почувствовалъ нѣкоторыя неясности въ его дѣлѣ и отложилъ вынесеніе приговора до слѣдующей сессіи, и хотя, послѣ производства разслѣдованій полиціей и тюремнымъ врачомъ, онъ не могъ найти основаній къ дальнѣйшей отсрочкѣ приговора, который еще не былъ произнесенъ, онъ продолжалъ выжидать. Въ это время былъ арестованъ на основаніи подобныхъ же обвиненій, основывавшихся на фактахъ, учиненныхъ во время содержанія г. Бека подъ стражей, бывшій заключенный Смитъ. Разслѣдованіе дѣла послѣдняго привело къ освобожденію г. Бека изъ тюрьмы и послѣдующему помилованію относительно приговоровъ 1896 и 1904 гг. Слѣдуетъ замѣтить, что г. Бекъ былъ арестованъ и судимъ во второй разъ до того, какъ Смитъ былъ арестованъ. — Министерство внутреннихъ дѣлъ предложило г. Беку вознагражденіе въ 2000 ф. ст., которое оно послѣ увеличило до 5000 ф. ст. Основаніемъ для помилованія и вознагражденія послужили слѣдующіе новые факты: 1) фактъ, обнаруженный 19 мая 1898 г., что Бекъ не имѣлъ знаковъ обрѣзанія: такъ какъ оба преступленія были совершены однимъ человѣкомъ, а г. Бекъ не могъ совершить перваго, — значитъ, онъ не совершилъ и второго; 2) опознаніе Смита въ Тоттенгамскомъ полицейскомъ участкѣ, благодаря шраму на щекѣ, инспекторомъ полиціи г. Каномъ, наружность обоихъ, Бека и Смита, была совершенно различна: оба имѣли шрамы, но на различныхъ частяхъ лица; 3) письмо, полученное г. Тэрнеромъ отъ Джона Смита 6 іюля 1904 г., которое побудило эксперта почерковъ г. Гэрена взять назадъ свое мнѣніе, высказанное въ 1896 и 1904 гг., о томъ, что составлявшіе тогда предметъ разслѣдованія документы были написаны г. Бекомъ съ измѣненіемъ почерка, такъ какъ изъ письма

Смита явствовало съ несомнѣнностью, что эти документы написаны Смитомъ [1]).

Главныя причины ошибочнаго осужденія г. Бека разслѣдованіэ обнаружило въ недостаткахъ контроля за полицейской дѣятельностью; здѣсь онѣ насъ не интересуютъ, мы остановимся лишь на указываемыхъ процессуальныхъ неправильностяхъ, которыя заставили многихъ признать необходимость апелляціи для устраненія ихъ. Такъ, въ первомъ процессѣ 1896 г. судья не допустилъ защиту къ доказыванію того, что документы, составлявшіе предметъ обвиненія въ 1877 г., при обвиненіи Смита, не могли быть написаны настоящимъ подсудимымъ г. Бекомъ, такъ какъ этотъ вопросъ прямо не относился къ рѣшенію. Ошибочность этого недопущенія была признана позднѣе рядомъ авторитетовъ. При обсужденіи билля объ уголовной апелляціи въ палатѣ лордовъ лордъ Альверстонъ, главный судья Англіи, такъ высказался относительно нея: „судебная ошибка въ дѣлѣ Бека имѣла своею причиною неправильное указаніе со стороны ученаго судьи, которое является столь грубымъ, что въ настоящее время удивляешься, какъ оно могло имѣть мѣсто“ (Law Times 1906 p. 207). Затѣмъ неправильнымъ признается отсутствіе ссылки въ обвинительномъ актѣ, по которому былъ осужденъ Бекъ въ 1896 г., на предшествующее осужденіе подъ именемъ Смита, что повліяло на возможность доказыванія тождественности его личности; со стороны обвиненія тождественность личности была формально доказана вполнѣ достаточно. Наконецъ, по мнѣнію парламентской комиссіи, дѣло должно было бы въ первый разъ быть отложено для вынесенія приговора вслѣдствіе просьбы о томъ подсудимаго, такъ какъ были основанія къ сомнѣнію въ личности [2]). Эти недостатки вполнѣ могли бы быть устранены при апелляціонномъ пересмотрѣ. Съ другой стороны обращалось вниманіе на то, что даже послѣ помилованія г. Бекъ не является вполнѣ реабилитированнымъ, такъ какъ помилованіе произошло въ административномъ порядкѣ, который не въ силахъ сгладить всѣхъ послѣдствій судебнаго осужденія, судебнаго же пересмотра дѣлъ въ смыслѣ континентальнаго порядка въ Англіи не существуетъ.

---

[1]) Подробное описаніе фактической стороны этого знаменитаго дѣла имѣется въ статьѣ г. Діонео, помѣщенной въ „Русскомъ Богатствѣ“ за 1904 г.

[2]) См. юридическую оцѣнку дѣла А. Бекъ въ книгѣ Sibley—Criminal appeal and evidence. 1908, p. 301.

Другимъ дѣломъ много способствовавшимъ принятію билля объ уголовной апелляціи, явилось дѣло *Эдальджи*. Фактическая сущность его такова. Вблизи села Большой Вайрли въ графствѣ Стаффордширъ, недалеко отъ Бирмингама, въ 1903 г. было причинено нѣсколько тѣлесныхъ поврежденій домашнимъ животнымъ; ночью или вечеромъ на пастбищахъ лошадямъ производились надрѣзы корпуса. Состраданіе къ мученіямъ животныхъ, забота собственниковъ о своихъ кормильцахъ и ужасъ населенія предъ неслыханной дерзостью этихъ дѣйствій привели жителей въ крайнее возбужденіе. Наконецъ, послѣ одного изъ такихъ случаевъ утромъ полиція арестовала сына священника въ Вайрли, солиситора Г. Эдальджи, какъ виновника. Викарій Эдальджи, несмотря на свое весьма продолжительное пребываніе въ этой мѣстности, которую онъ получилъ въ качествѣ прихода благодаря женитьбѣ, не пользовался симпатіями мѣстнаго населенія; онъ имѣлъ часто столкновенія съ мѣстными училищными властями и находился въ очень дурныхъ отношеніяхъ съ полиціей послѣ того, какъ инспекторъ полиціи наказалъ его сына Георга, бывшаго тогда еще мальчикомъ, за нѣкоторыя безнравственныя выходки. Уже въ теченіе многихъ лѣтъ въ этой мѣстности распространялись анонимныя письма и ложныя газетныя объявленія, приписываемыя семьѣ Эдальджи. Процессъ противъ Георга Эдальджи за порчу скота происходилъ предъ мѣстнымъ судомъ присяжныхъ. Къ этому обвиненію было сначала присоединено еще обвиненіе въ распространеніи анонимныхъ писемъ, въ одномъ изъ которыхъ указывались предполагаемые виновники порчи скота; отъ этого послѣдняго обвиненія однако обвинитель отказался, но было видно, что побочно представленныя доказательства того, что Эдальджи писалъ эти письма, много способствовали единогласному признанію его виновнымъ со стороны присяжныхъ. Эдальджи былъ осужденъ, хотя его отецъ присягнулъ, что его сынъ провелъ ночь преступленія, спавъ вмѣстѣ съ нимъ въ одной комнатѣ, и хотя все обвиненіе основывалось на нѣсколькихъ конскихъ волосахъ, найденныхъ на костюмѣ Эдальджи и признанныхъ тождественными съ волосами раненной лошади, при чемъ однако осталась открытой возможность того, что эти волосы попали на одежду лишь въ полицейскомъ участкѣ, гдѣ былъ произведенъ немедленный осмотръ одежды. Когда Эдальджи отбывалъ свое наказаніе, произошли новые случаи поврежденій такого же рода; подозрѣваемый въ нихъ солдатъ сначала сознался, а затѣмъ взялъ сознаніе обратно, а впослѣдствіи

убѣжалъ изъ рукъ властей въ Южную Африку; затѣмъ въ той же мѣстности за новый аналогичный случай порчи лошадей былъ осужденъ одинъ горнорабочій. Тогда въ пользу Эдальджи поднялась сильная агитація, къ которой примкнули почти всѣ его университетскіе учителя и товарищи; подъ вліяніемъ ея министерство внутреннихъ дѣлъ сначала освободило его отъ наказанія; но самъ Эдальджи добивался своей реабилитаціи Въ пользу ея открылъ газетную кампанію извѣстный Конанъ-Дойль. Подъ вліяніемъ агитаціи министерство назначило слѣдственную комиссію, которая пришла къ заключенію, что виновность его не доказана. На основаніи этихъ результатовъ правительство предоставило Эдальджи полное помилованіе, но отказалось отъ выдачи вознагражденія, такъ какъ невинность его не была установлена внѣ сомнѣній. Въ это время, къ концу августа 1907 г., снова начались преступленія надъ животными въ Вайрли; полиція по имѣвшимся уликамъ задержала одного мясника, такимъ образомъ было задержано третье подозрѣваемое лицо. Ясно стало изъ разслѣдованій, что Эдальджи не имѣлъ никакого отношенія ни къ анонимнымъ письмамъ, ни къ порчѣ скота. Въ ноябрѣ 1907 г. было закончено его реабилитированіе: онъ былъ снова внесенъ въ списокъ солиситоровъ, но вознагражденія онъ не получилъ до сихъ поръ.

Дѣло Эдальджи подверглось обстоятельному юридическому разбору въ прессѣ, въ особой комиссіи изъ трехъ юристовъ, назначенной государственнымъ секретаремъ по внутреннимъ дѣламъ, и при неоднократномъ обсужденіи въ парламентѣ. Въ немъ находятъ многочисленные промахи. Дѣло было рѣшено исключительно на основаніи косвенныхъ уликъ и даже скрыто предполагавшихся фактовъ, какимъ было, напримѣръ, написаніе подсудимымъ анонимныхъ писемъ. Косвенныя улики заключались въ слѣдующемъ. Въ домѣ подозрѣваемаго утромъ 18 августа полиціи былъ предъявленъ костюмъ, сюртукъ и жилетъ котораго были сырыми, а брюки выпачканы грязью. Сырость одежды являлась важнымъ фактомъ, такъ какъ ночью шелъ дождь, начиная съ 11 ч. 30 м На грязь брюкъ не было обращено тогда полиціей вниманія, и онѣ не были взяты. Полиція нашла также пару очень грязныхъ сапогъ, одинъ изъ которыхъ былъ взятъ полиціей. Эти сапоги были примѣрены къ слѣдамъ, замѣченнымъ на дорогѣ, по которой подозрѣваемый съ вѣроятностью долженъ былъ бы возвращаться домой послѣ преступленія, но это сравненіе было произведено очень грубо; не было сдѣлано надлежащихъ измѣреній, не было

сдѣлано слѣпка, не были замѣчены отпечатки пальцевъ. Полиція нашла въ домѣ подозрѣваемаго, въ комнатѣ, занимаемой имъ и его отцомъ, четыре бритвы, изъ которыхъ одна была сероватой, какъ если бы она была свѣже-вымыта; предполагалось, что этимъ инструментомъ совершено преступленіе, хотя это было не очень легко согласовать съ экспертизой ветеринарнаго врача. На одеждѣ было много пятенъ невиннаго характера, кромѣ двухъ красноватыхъ, величиною въ пятачекъ, на серединѣ праваго рукава; относительно ихъ экспертиза признала, что это пятна крови животныхъ. Но наиболѣе важной уликой являлось нѣсколько волосковъ, соотвѣтствующихъ волосамъ раненой лошади, на сюртукѣ и жилетѣ. Родственники подозрѣваемаго отрицали ихъ присутствіе на одеждѣ до уноса одежды полиціей. На основаніи этихъ уликъ комиссія полагала, что присяжные едва-ли могли бы осудить подсудимаго, если бы они не находились подъ вліяніемъ анонимныхъ писемъ, которыя были имъ представлены, но относительно которыхъ экспертизы произведено не было. Въ нихъ указывалось на рядъ виновниковъ преступленія, между прочимъ, на самого Эдальджи. Повидимому, эти письма были написаны не кѣмъ-либо изъ виновныхъ, а человѣкомъ, злостно настроеннымъ и желавшимъ ввести полицію въ недоумѣніе. Такимъ образомъ улики были недостаточны. Затѣмъ, въ то время, когда Эдальджи находился подъ стражей въ ожиданіи суда, было совершено новое преступленіе подобнаго характера, на которое не было обращено достаточнаго вниманія, полиція же ограничилась объясненіями одного Гарри Грина о томъ, что онъ совершилъ это дѣйствіе надъ своей собственной лошадью, которая была очень стара, хотя обстановка дѣятельности не согласовалась съ этимъ. Дѣло такимъ образомъ показало крайнюю недостаточность одной инстанціи при постановленіи приговора по косвеннымъ уликамъ.

Указывалось, кромѣ того, на неправильность обыска и ареста Эдальджи при тѣхъ данныхъ, которыя имѣлись у полиціи, на неправильность предсѣдательскаго резюме, ни звукомъ не упомянувшаго относительно писемъ, хотя они играли существенную роль въ дѣлѣ, на неправильную постановку экспертизы почерка и пр. Указывалось и на неправильное примѣненіе къ данному случаю устарѣлыхъ нормъ матеріальнаго права, крайне строго карающихъ порчу скота, сохраняющихся какъ наслѣдіе прошлыхъ вѣковъ, когда скотоводство было главною отраслью промышленности въ Англіи, и посягательства противъ домашнихъ животныхъ,

употребляемыхъ въ хозяйствѣ, карались до 1861 г. смертною казнью. Но особенно энергично указывалось въ настоящемъ дѣлѣ на несоотвѣтственное положеніе государственнаго секретаря по внутреннимъ дѣламъ, который долженъ былъ занять положеніе судьи надъ судомъ, притомъ по весьма сложному дѣлу. Одинъ изъ членовъ оппозиціи Смитъ внесъ 18 іюля 1907 г. запросъ государственному секретарю по внутреннимъ дѣламъ, на какомъ основаніи онъ приступилъ къ послѣдующей провѣркѣ надлежаще рѣшеннаго дѣла, приговоръ по которому вступилъ въ законную силу, поручивъ разслѣдованіе произвольно составленной комиссіи изъ трехъ лицъ, пришедшей къ заключенію о возможной виновности Эдальджи въ преступленіи, которое не было ему вмѣнено на судѣ (писаніе анонимныхъ писемъ). Этотъ запросъ былъ предлогомъ для того, чтобы показать несоотвѣтствующее положеніе государственнаго секретаря по внутреннимъ дѣламъ при возобновленіи дѣлъ и обратить вниманіе палаты на необходимость созданія апелляціонной инстанціи. И дѣйствительно, пренія по запросу вращались вокругъ этой темы, указывая на трудность положенія правительства, находящагося между опасностью завѣдомаго поддержанія ошибки суда, которая, по выраженію лорда Дэнмана, „является величайшимъ публичнымъ бѣдствіемъ и худшей помѣхой общественной справедливости“, и принятіемъ на себя несоотвѣтствующей роли судьи надъ судомъ. Дебаты въ парламентѣ по этому вопросу. совпавшіе съ чтеніемъ билля объ апелляціи въ палатѣ лордовъ, оказали значительное вліяніе на принятіе его этою послѣдней, до того оказывавшею значительное противодѣйствіе ряду аналогичныхъ проектовъ. Это дѣло, такимъ образомъ, рѣшило судьбу билля,

IV.

Актъ объ апелляціи—по словамъ сэра Гарри Поланда—производитъ *революцію* въ уголовномъ процессѣ Англіи. Онъ впервые устанавливаетъ уголовный апелляціонный судъ для лицъ осужденныхъ по обвинительному акту и нѣкоторыхъ другихъ.

При проведеніи этого билля объ уголовной апелляціи, приходилось преодолѣвать не только консерватизмъ прочно укрѣпившейся привычки, но и рядъ серьезныхъ аргументовъ, выставленныхъ противниками этой мѣры.

Конечно,—говорятъ эти противники,—ни одно человѣческое

учрежденіе не является совершеннымъ, и при всѣхъ усиліяхъ со стороны присяжныхъ проявить возможно большую осторожность въ пользу подсудимаго могутъ произойти неправильности, въ особенности благодаря неточности свидѣтельскихъ показаній. Но лучше предоставить устраненіе и исправленіе этихъ неправильностей гибкимъ полномочіямъ министра, чѣмъ ослаблять значеніе судебнаго приговора. Право апелляціи, въ особенности по вопросамъ факта, ослабляетъ значеніе провозглашаемаго приговора для общества и для подсудимаго, который можетъ надѣяться на измѣненій условій во второй инстанціи. Напр., подсудимый, хотя и достаточно обличаемый на судѣ, не приноситъ сознанія, тайно разсчитывая на возможность оправданія, и, если это не удается, то онъ можетъ въ апелляціонной инстанціи принести сознаніе и воспользоваться всѣми выгодами, которыя съ нимъ сопряжены по акту объ уголовныхъ доказательствахъ 1898 г. Но, мало того, возможность апелляціи аслабляетъ сознаніе отвѣтственности у всѣхъ участвующихъ въ процессѣ лицъ — присяжныхъ, судей, обвинителя и защитника. При существующей системѣ они сознаютъ, что каждое ихъ дѣйствіе имѣетъ безповоротно рѣшающее значеніе, и потому всѣми силами стремятся избѣгнуть ошибки, тогда какъ при наличности апелляціи они могутъ надѣяться на исправленіе ея впослѣдствіи. Это возраженіе съ особенной настойчивостью приводилъ въ 1848 г. лордъ Брумъ. Онъ боялся, въ частности, крайней опасности ослабленія того тяжелаго сознанія отвѣтственности, которое лежитъ на присяжныхъ, выносящихъ свой вердиктъ, и которое является чуть-ли ни единственной гарантіей правосудности послѣдняго. Многими указывалось, что съ проведеніемъ апелляціи должно увеличиться количество обвинительныхъ приговоровъ, такъ какъ—говорилъ судья Вильямъ Грэнтамъ въ 1907 г.—„присяжные менѣе задумывались бы надъ тѣмъ, чтобы предоставить подсудимому привилегію сомнѣнія въ виновности, разсчитывая на возможность апелляціи съ его стороны“.

Апелляція наноситъ ударъ одному изъ драгоцѣннѣйшихъ качествъ уголовнаго правосудія — скорому отправленію его. Въ 1848 г., при обсужденіи билля объ апелляціи въ парламентѣ, судья Паркъ говорилъ: „въ гражданскихъ дѣлахъ не столь важно, какъ въ уголовныхъ, привести процессъ къ скорому окончанію. Не слѣдуетъ никогда упускать изъ вида, что быстрое рѣшеніе уголовныхъ дѣлъ, въ особенности касающихся преступленій противъ жизни и собственности, серьезно затрогивающихъ интересы обще-

ства, является обстоятельствомъ чрезвычайной публичной важности". „Примѣрность наказанія"—какъ утверждалъ лордъ Брумъ—„болѣе всего зависитъ отъ быстроты, съ которой исполненіе наказанія слѣдуетъ за приговоромъ". Кромѣ ослабленія правосудія, апелляція повлекла бы за собою и вздорожаніе его, такъ какъ пришлось бы значительно увеличить количество судей высшаго суда, каждый изъ которыхъ получаетъ весьма значительное вознагражденіе; такое увеличеніе судей, кромѣ дороговизны, противорѣчило бы и самому принципу англійской судебной организаціи, которая стремится къ тому, чтобы все дѣло правосудія въ странѣ отправлялось немногими авторитетными судьями. Въ результатѣ всѣ эти причины ослабятъ уваженіе общества къ приговорамъ суда первой инстанціи, въ особенности по дѣламъ, влекущимъ смертную казнь, гдѣ вся торжественная обстановка вынесенія вердикта потеряетъ всякое значеніе, такъ какъ конечный исходъ дѣла и послѣ вердикта останется неопредѣленнымъ.

Эти возраженія, не будучи въ силахъ повліять на отклоненіе билля, отразились однако на рядѣ постановленій его. Таково, напр., допущеніе апелляціи по вопросамъ факта лишь съ согласія суда, рѣшавшаго дѣло, или апелляціоннаго суда, ограниченіе срока подачи апелляціи десятью днями, возможность отклоненія ея при предварительномъ разсмотрѣніи и пр. На болѣе подробномъ разсмотрѣніи этихъ постановленій и другихъ поправокъ мы остановимся ниже.

Въ противовѣсъ этимъ возраженіямъ слѣдуетъ привести рядъ доводовъ, выставленныхъ сторонниками апелляціи. Главной задачей акта,—говорятъ сторонники,—является скорѣе предупрежденіе возможности судебныхъ ошибокъ, чѣмъ исправленіе ихъ. Цѣлью его является усиленіе гарантій невинности въ процессѣ. По выраженію лорда Дэнмана, билль объ уголовной апелляціи присоединяетъ шестую гарантію къ пяти гарантіямъ невинности, существующимъ въ англійскомъ уголовномъ процессѣ. Эти пять гарантій состоятъ: 1) въ немедленномъ представленіи подозрѣваемаго къ судьѣ; 2) въ предоставленіи ему права видѣть и слышать свидѣтелей, а съ акта 1702 г. и представлять со своей стороны свидѣтелей, допрашиваемыхъ подъ присягой; 3) въ правѣ получать копіи всѣхъ письменныхъ показаній, что ему предоставлено только съ 1836 г.; 4) въ возможности знать происхожденіе и характеръ письменныхъ показаній за день до суда и 5) въ правѣ быть представленнымъ на судѣ адвока-

томъ, которое было пріобрѣтено по дѣламъ о тяжкихъ преступленіяхъ въ 1836 г. Право уголовной апелляціи завершаетъ эту систему гарантій англійскаго процесса.

Необходимость возстановленія матеріальной истины, когда обнаруживается, что она нарушена судомъ, совершившимъ юридическія или фактическія погрѣшности, не можетъ быть отрицаема въ современномъ государственномъ строѣ. Для этого судейскій пересмотръ дѣла является лучшимъ средствомъ, нежели судъ, изображаемый министромъ и прессой. Первый, имѣя возможность вліять на прерогативу помилованія, правда, отчасти можетъ исправлять ошибки, но эта форма исправленія особенно тягостна для авторитета суда и не всегда надежна, ибо въ его рукахъ нѣтъ той могущественной власти разслѣдованія дѣла, какая имѣется въ рукахъ суда полномочнаго и дѣйствующаго по строгимъ правиламъ. Что касается прессы, то она часто принимаетъ на себя роль высшаго арбитра по отдѣльнымъ дѣламъ, и голосъ ея правительство должно выслушивать, пока оно не имѣетъ возможности противопоставить ему судебное рѣшеніе высшей инстанціи. „Далеко не послѣднимъ изъ достоинствъ уголовнаго апелляціоннаго суда“ — пишетъ въ руководящей статьѣ Daily Telegraph — „будетъ сокращеніе, если не полное прекращеніе, опасной привычки производить новый судъ надъ дѣломъ въ газетѣ, какъ это наблюдается за послѣдніе годы. Эта привычка, нужно сознаться, имѣетъ извѣстное оправданіе, такъ какъ безъ участія газетъ большинство извѣстныхъ дѣлъ, окончившихся судебными ошибками, вѣроятно, никогда не увидѣло бы свѣта истины. Почти всегда агитація въ газетахъ предшествовала судебному возобновленію дѣла. Но мы боимся, что то благо, которое достигнуто въ однихъ случаяхъ этой агитаціей, перевѣшивается зломъ, причиненымъ въ другихъ, когда часть прессы начинаетъ заниматься эксплоатаціей судебныхъ скандаловъ и восхваленіемъ интересныхъ преступниковъ. Сильный апелляціонный судъ, думаемъ мы, положитъ конецъ этой опасной практикѣ еще до того, какъ она пріобрѣтетъ болѣе грозные размѣры“.

Кромѣ этихъ результатовъ, введеніе апелляціи, по мнѣнію многихъ, будетъ способствовать общему улучшенію правосудія; значительно уменьшатся случаи оправданія, происходящіе, вслѣдствіе процессуально-техническихъ причинъ; введеніе оффиціальныхъ протоколовъ, неизбѣжное при установленіи апелляціи, придастъ особую устойчивость всѣмъ сужденіямъ о дѣлѣ по сравненію съ

настоящимъ, когда все основывается на газетныхъ отчетахъ. Значительнаго наплыва апелляцій и ослабленія репрессій не слѣдуетъ опасаться. Въ 1905 г. число лицъ, преданныхъ суду присяжныхъ, равнялось 12.325, и изъ нихъ 10.118 было осуждено, тогда какъ 50 лѣтъ тому назадъ число подсудимыхъ на судѣ присяжныхъ было 29.359 (1854 г.). Тяжкая преступность сокращается, такимъ образомъ, значительно, и процентъ оправданій не настолько высокъ, чтобы видѣть опасность въ его большемъ увеличеніи [1]).

Но главное положительное качество учрежденія апелляціоннаго суда заключается въ созданіи единаго авторитетнаго органа, который можетъ установить единообразное толкованіе правовыхъ положеній и регулировать правовое творчество, идущее чрезъ суды.

Нѣкоторая централизація въ этой области является уже давно ощущаемой потребностью, а новый законъ дѣлаетъ рѣшительный шагъ по направленію къ ней.

Рѣшеніе спора о преимуществахъ и недостаткахъ новаго закона возможно будетъ, когда мы ближе ознакомимся съ отдѣльными его постановленіями. Къ разсмотрѣнію ихъ мы поэтому и переходимъ.

V.

Новый судебный органъ, который создается актомъ объ уголовной апелляціи, подобно апелляціонному суду по гражданскимъ дѣламъ, составляетъ одно изъ отдѣленій высшаго суда Англіи, въ которомъ централизуется все правосудіе страны. Онъ состоитъ изъ восьми судей, назначаемыхъ по соглашенію лорда канцлера (высшаго должностного лица административнаго вѣдомства) и лорда главнаго судьи Англіи, который вмѣстѣ съ тѣмъ является и пред-

---

[1]) Начиная съ 1898 г., времени проведенія Criminal Evidence Act, и до 1905 г. процентъ лицъ, признанныхъ виновными въ ассизахъ и четвертныхъ сессіяхъ, (т. е. въ судѣ присяжныхъ), по сравненію съ числомъ преданныхъ суду равнялся:

1898—79.7	1902—80.6
1899—79.0	1903—81.1
1900—78.6	1904—81.6
1901—79.9	1905—82.4

На континентѣ процентъ осужденій въ судѣ присяжныхъ почти повсюду ниже 50 %.

сѣдателемъ апелляціоннаго суда [1]). Срокъ назначенія поставленъ въ зависимость отъ усмотрѣнія назначающихъ, но на самомъ дѣлѣ практика здѣсь установила несмѣняемость; это постановленіе закона нужно понимать, какъ опирающееся на правило common law по данному предмету. Судъ собирается по указаніямъ своего предсѣдателя, при чемъ достаточнымъ кворумомъ является составъ изъ трехъ судей; для избѣжанія равнаго дѣленія голосовъ во всякомъ засѣданіи число судей должно быть нечетнымъ. Законъ предусматриваетъ возможность образованія двухъ или болѣе отдѣленій. Въ случаѣ необходимости или для удобства разсмотрѣнія дѣла (напр., въ случаѣ многочисленныхъ мѣстныхъ осмотровъ) судъ можетъ выѣзжать изъ Лондона, согласно указаніямъ лорда, главнаго судьи. Послѣдній, какъ мы говорили, является предсѣдателемъ, но голосъ его не имѣетъ никакого перевѣса при рѣшеніи дѣла надъ голосами другихъ судей. Обыкновенно выносится одно рѣшеніе по большинству голосовъ [2]), но законъ предусматриваетъ и возможность вынесенія нѣсколькихъ рѣшеній, когда, напр., апелляціонному суду порученъ не пересмотръ дѣла, а заключеніе по какому-либо юридическому вопросу, какъ то можетъ произойти при ходатайствѣ о помилованіи, по порученію государственнаго секретаря; но и въ данномъ случаѣ всѣ рѣшенія провозглашаются предсѣдателемъ или членомъ суда, по его порученію. Въ отсутствіе лорда главнаго судьи предсѣдательскія функціи, а также распорядительныя функціи по приведенію въ дѣйствіе уголовнаго апелляціоннаго суда, исполняетъ старшій членъ суда. Уголовный судъ, подобно другимъ судебнымъ мѣстамъ, обладаетъ полнотою власти, т. е. полномочіями рѣшать всякіе вопросы, необходимые для отправленія правосудія по дѣлу, подлежащему его обсужденію [3]). Въ исключительныхъ случаяхъ рѣшенія уголовнаго апелляціоннаго суда могутъ подвергаться

---

[1]) Въ настоящее время для присутствованія въ уголовномъ апелляціонномъ судѣ назначены лордъ главный судья Loreburn,—предсѣдатель; члены—Lawrance, Ridley, Darling, Channell, Phillimore, Walton, A. T. Lawrance и Pickford.

[2]) Этотъ принципъ рѣшенія по большинству голосовъ заимствуется отъ производства въ Privy Council.

[3]) Къ этимъ полномочіямъ относится и назначеніе денежныхъ пеней или тюремнаго заключенія за contempt of the court — ослушаніе суда; при этомъ такое ослушаніе не должно необходимо быть въ присутствіи суда, а можетъ быть и заочнымъ осужденіемъ его приговоровъ (напр., въ печати).

дальнѣйшему пересмотру палаты лордовъ (какъ то существуетъ и по гражданскимъ дѣламъ). Во главѣ канцеляріи апелляціоннаго суда ставится регистраторъ, назначаемый изъ старшихъ директоровъ (Masters) высшаго суда; штаты канцеляріи должны быть установлены въ административномъ порядкѣ.

Въ уголовный апелляціонный судъ будутъ приноситься апелляціи по уголовнымъ дѣламъ, производимымъ *по обвинительному акту*, т. е. рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей въ ассизахъ или въ четвертныхъ сессіяхъ [1]). Къ этой категоріи дѣлъ присоединены нѣкоторыя другія дѣла, производимыя въ особомъ порядкѣ судебнаго преслѣдованія: 1) инквизиція коронера, которая производится по дѣламъ объ убійствѣ и самоубійствѣ и въ которой обвинительный актъ замѣняется постановленіемъ коронерскаго жюри [2]); 2) уголовныя дознанія (criminal information),—порядокъ, въ настоящее время вышедшій изъ употребленія, но широко примѣнявшійся при Звѣздной Палатѣ, когда дѣла о тяжкихъ преступленіяхъ передавались на судъ присяжныхъ, образуемыхъ при королевскомъ совѣтѣ, безъ участія большого жюри, по одному лишь предписанію короны; 3) дѣла, рѣшаемыя въ четвертныхъ сессіяхъ на основаніи акта 1824 г., относительно „неисправимыхъ бродягъ“ [3]).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло рѣшаетъ судъ присяжныхъ, хотя не на основаніи обвинительнаго акта, и потому имѣется возможность для кассаціи его вердикта. Наоборотъ, при судѣ надъ

---

[1]) Этотъ порядокъ суда по обвинительному акту, когда-то бывшій общимъ правиломъ въ Англіи, теперь находитъ себѣ все болѣе и болѣе рѣдкое примѣненіе. Въ 1905 г., напр., изъ числа 195.056 человѣкъ, заключенныхъ въ тюрьму по приговорамъ судовъ, только 8.872 были осуждены присяжными (подсудимыхъ же всего было 12.325). Въ серединѣ XIX в. число осужденныхъ присяжными равнялось приблизительно 30.000 чел. ежегодно (1854 г.—29.359). Это сокращеніе должно быть отнесено не только на долю уменьшенія преступности, но и на счетъ сокращенія подсудности суда присяжныхъ.

[2]) Впрочемъ, какъ свидѣтельствуетъ Kenny, въ теченіе послѣднихъ десятилѣтій выработалась практика представленія и коронерскихъ вердиктовъ на разсмотрѣніе большого жюри, и, слѣдовательно, рѣшеніе ихъ „по обвинительному акту“.

[3]) Въ этихъ случаяхъ дѣло рѣшается предъ мировымъ судьей, но для постановленія приговора (такъ какъ онъ можетъ влечь за собою тѣлесное наказаніе) оно передается въ судъ четвертныхъ сессій. Этотъ послѣдній можетъ „входить въ обстоятельства дѣла“, но фактически ограничивается просмотромъ справокъ о судимости.

пэромъ, его женой или лицомъ, притязающимъ на привилегію пэрства, хотя судъ и можетъ происходить по обвинительному акту, постановленія закона объ апелляціи не примѣняются, такъ какъ здѣсь судъ присяжныхъ замѣняется судомъ пэровъ.

Общимъ образомъ уголовная апелляція не допускается по искамъ или обвиненіямъ на основаніи общаго права въ проступкахъ по нарушенію правилъ о публичныхъ путяхъ сообщенія (небреженіе починкою, загроможденіе публичныхъ дорогъ, мостовъ или судоходныхъ рѣкъ); эти иски имѣютъ штрафной характеръ и, хотя разсматриваются въ порядкѣ уголовнаго процесса, подлежатъ все-же гражданской апелляціи [1]).

Новый законъ отмѣняетъ замѣнявшіе прежде апелляцію приказы writ of error и writ of certiorari, устраняя такимъ образомъ возможность для высшаго суда воздѣйствовать съ помощью *предписаній* на дѣятельность суда присяжныхъ, замѣняя ее организованнымъ пересмотромъ дѣлъ въ апелляціонномъ судѣ.

„Резервированіе уголовныхъ дѣлъ“ судьей, рѣшавшимъ дѣло, вслѣдствіе какихъ-либо возникшихъ въ дѣлѣ вопросовъ права, въ силу акта о дѣлахъ короны 1848 г., сохраняется. Но вся подсудность и власть по этимъ дѣламъ, перенесенная актомъ 1873 г. въ вѣдѣніе высшаго суда, теперь переходитъ въ руки уголовнаго апелляціоннаго суда. Этотъ послѣдній, въ случаяхъ, если бы подсудимый, съ согласія судьи, рѣшавшаго дѣло, пожелалъ вмѣсто апелляціи прибѣгнуть къ резервированію дѣла, будетъ лишь слѣдовать правиламъ производства, установленнымъ актомъ 1848 г., а не актомъ объ уголовной апелляціи 1907 г. Главное же отличіе этихъ правилъ отъ правилъ производства при уголовной апелляціи состоитъ въ томъ: 1) что число судей, рѣшающихъ резервированное дѣло, не можетъ быть меньше пяти (для рѣшенія апелляціи достаточно трехъ), 2) отсутствуетъ предварительное производство, возможное при апелляціи. Въ случаѣ, если по просьбѣ осужденнаго апелляціонный судъ признаетъ болѣе удобнымъ принять порядокъ акта 1848 г., онъ можетъ потребовать отъ судьи, рѣшавшаго дѣло, резервированія этого послѣдняго. Такимъ образомъ „резервированіе дѣла“ перестаетъ быть самостоятельной *формой* пересмотра, а создаетъ лишь особый *порядокъ* производ-

---

[1]) Число такихъ дѣлъ возростаетъ:

1901 г.	1902 г.	1903 г.	1904 г.	1905 г.
42.610	42.258	44.705	48.109	47.871

ства, избраніе котораго зависитъ отъ жалобщика и судьи, рѣшавшаго дѣла, а въ исключительныхъ случаяхъ и отъ апелляціоннаго суда.

Переходимъ теперь къ изслѣдованію отдѣльныхъ видовъ апелляціи.

VI.

Въ понятіе апелляціи англійское право включаетъ всякіе виды пересмотра, поскольку они происходятъ по жалобѣ стороны, а не въ ревизіонномъ порядкѣ или по предписанію административной власти. Для континентальнаго юриста, свыкшагося съ дѣленіемъ пересмотра на отдѣльные виды, какъ частное обжалованіе, апелляція, кассація, возобновленіе дѣла, не легко отрѣшиться отъ этого обычнаго взгляда и точно представить себѣ конструкцію права англійскаго. Дѣленію послѣдняго, однако, нельзя отказать въ большой логичности.

Въ зависимости отъ того, противъ чего направлена апелляція, англійское право различаетъ два основныхъ вида апелляціи: 1) апелляцію противъ осужденія и 2) апелляцію противъ приговора. Такъ какъ апелляція въ новомъ законѣ, по общему правилу, касается дѣлъ, производимыхъ съ участіемъ присяжныхъ, то дѣленіе этихъ двухъ моментовъ обрисовывается очень точно. Апелляція противъ осужденія предполагаетъ необходимость кассаціи *вердикта*, а слѣдовательно и вынесеннаго на основаніи его обвинительнаго приговора; апелляція противъ приговора—только отмѣну или измѣненіе постановленнаго короннымъ судьей *приговора*.

Затѣмъ, въ свою очередь, апелляція противъ осужденія распадается: 1) на апелляцію, оспаривающую какое-либо *правовое* основаніе осужденія (вопросъ права), 2) оспаривающую какое-либо *фактическое* основаніе осужденія (вопросъ факта) и 3) оспаривающую какое-либо *смѣшанное фактическое и юридическое основаніе осужденія*. Третій видъ по своему юридическому значенію, впрочемъ, во всемъ приравненъ ко второму и составляетъ какъ бы нѣкоторое расширеніе права апелляціи по фактическому основанію, вслѣдствіе того, что вопросы права очень часто вызываютъ спорность фактической стороны. При апелляціи *противъ приговора* не различается фактическихъ и юридическихъ основаній.

Апелляція противъ осужденія по правовому основанію пред-

ставляетъ *абсолютное право осужденнаго.* Она можетъ быть приносима, при соблюденіи извѣстныхъ условій и въ извѣстный срокъ, безъ истребованія разрѣшенія. Апелляція противъ осужденія по фактическому основанію или смѣшанному, равно какъ и апелляція противъ приговора, зависитъ *отъ разрѣшенія суда* на ея принесеніе.

Въ случаѣ признанія апелляціи противъ осужденія, кассируется вердиктъ и приговоръ, и вмѣсто того апелляціонный же судъ предписываетъ занести въ протоколъ оправдательное рѣшеніе; въ случаѣ признанія апелляціи противъ приговора кассируется приговоръ съ постановленіемъ новаго приговора, безразлично болѣе или менѣе строгаго, взамѣнъ прежняго.

На основаніи этой первоначальной общей характеристики видовъ апелляціи по англійскому праву постараемся провести параллель между ними и видами пересмотра, принятыми въ континентальномъ правѣ.

Континентальное право допускаетъ *апелляціонное обжалованіе* (въ узкомъ смыслѣ) на основаніи вопросовъ факта и права въ одинаковой мѣрѣ, безъ различія стадій осужденія и приговора, ибо въ приговорахъ короннаго суда (дѣйствовавшаго даже съ участіемъ шеффеновъ, какъ въ Германіи), по которымъ только апелляція и допускается, эти стадіи слиты. Кассаціонное обжалованіе допускается только противъ вопросовъ права. При признаніи апелляціи мы видимъ замѣну прежняго приговора новымъ, при кассаціи—только отмѣну прежняго приговора съ передачей дѣла въ новый судъ или безъ нея.

Если сравнивать континентальное право съ англійскимъ съ точки зрѣнія *характера основаній апелляціи,* то можно провести слѣдующія параллели. Апелляція противъ осужденія по правовому основанію можетъ быть отнесена къ кассаціи съ прекращеніемъ дѣла. Здѣсь судъ отмѣняетъ, вслѣдствіе правовой ошибки, вердиктъ и приговоръ; но указаніе закона, что вмѣсто того онъ постановляетъ оправдательное рѣшеніе, показываетъ на нѣкоторое различіе, съ точки зрѣнія послѣдствій англійскаго и континентальнаго права: въ Англіи, кромѣ кассаціи стараго приговора, постановляется новый, дѣло признается res judicata, на континентѣ же имѣется одна только кассація, и въ случаѣ устраненія приговора можетъ быть производимо (а иногда и предписывается) новое производство въ первой инстанціи по тому же дѣлу.

Апелляція противъ осужденія по фактическому или смѣшанному основанію нѣсколько приближается къ устраненію вердикта

присяжныхъ по континентальному праву. Въ большинствѣ процессуальныхъ кодексовъ [1]) за кореннымъ судомъ признается право отвергнуть вердиктъ присяжныхъ, если судъ единогласно признаетъ, что подсудимый неправильно осужденъ ими. Такое устраненіе вердикта происходитъ по фактическому основанію, ибо юридически-неправильный вердиктъ подлежитъ лишь исправленію [2]), а не устраненію. По англійскому праву вердиктъ также можетъ быть устраненъ по фактическому основанію, но не судьей, предъ которымъ рѣшалось дѣло (если только присяжные не ослушались его руководящихъ указаній по вопросамъ права), а апелляціоннымъ судомъ, состоящимъ только изъ 3, 5 или 7 коронныхъ судей. Но по послѣдствіямъ и по формѣ устраненія вердикта существуетъ большое различіе между англійскимъ и континентальнымъ правомъ. На континентѣ устранять вердиктъ можетъ коронная коллегія, участвовавшая въ дѣлѣ, по единогласному рѣшенію; въ Англіи устраняетъ вердиктъ особый судъ пересмотра простымъ большинствомъ голосовъ. На континентѣ рѣшеніе коронной коллегіи въ результатѣ лишь передаетъ дѣло на рѣшеніе новаго состава присяжныхъ; въ Англіи самъ апелляціонный судъ постановляетъ новое рѣшеніе по дѣлу (или оправдательное, или по другимъ пунктамъ обвинительнаго акта) и обходится при этомъ безъ новаго состава присяжныхъ.

Наконецъ, третій видъ англійской апелляціи, апелляція противъ приговора, включая въ себя и правовыя и фактическія основанія, можетъ соотвѣтствовать какъ апелляціи, такъ и кассаціи по континентальному праву, но съ тѣмъ различіемъ, что апелляція, принесенная подсудимымъ, не гарантируетъ его отъ возможности усиленія строгости новаго приговора.

Сравненіе съ точки зрѣнія основаній не даетъ близкихъ аналогій между континентальнымъ правомъ и англійскимъ. Болѣе продуктивнымъ явится сравненіе съ точки зрѣнія *дѣйствія различныхъ видовъ апелляціи.* Здѣсь мы сумѣемъ показать, что новое англійское право во многихъ отношеніяхъ приближается къ континентальной апелляціи. Во всѣхъ случаяхъ пересмотра англійское право требуетъ постановленія новаго приговора по существу самимъ же судомъ пересмотра, чистая же кассація, предписы-

[1]) Ст. 818 русск. уст. угол. суд., § 317 герм. уст. уг. суд., art. 352 Code penal, § 332 австр. уст. уг. суд.

[2]) См. Glaser-Oetker. Das Verfahren von Schwur und Schöffengerichten 1907 S. 436.

вающая лишь новое разсмотрѣніе дѣла вслѣдствіе ошибочности стараго производства, остается ему неизвѣстной. Мы получаемъ слѣдовательно институтъ, аналогичный континентальной апелляціи. Въ той формѣ апелляціи, которую создаетъ англійское право, слѣдуетъ: 1) различать апелляцію *полную* (противъ осужденія, а слѣдовательно и противъ приговора) и апелляцію *ограниченную* (только противъ приговора), и 2) проводить различіе между *юридическими* и *фактическими основаніями апелляціи*, въ континентальномъ правѣ обыкновенно не различаемыми по своимъ послѣдствіямъ при апелляціи. Какъ мы увидимъ далѣе, англійское право допускаетъ при апелляціи значительныя отклоненія отъ тождества обвиненія при апелляціи, вводитъ особую стадію предварительнаго разсмотрѣнія и отклоненія апелляціи, характерную по континентальному праву для кассаціоннаго, а не для апелляціоннаго разсмотрѣнія.

Установленіемъ апелляціи по дѣламъ, рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ, безъ участія въ апелляціонной инстанціи народнаго элемента, Англія какъ будто порываетъ съ однимъ изъ своихъ основныхъ принциповъ, по которому никто не можетъ быть осужденъ иначе, какъ по единогласному рѣшенію двѣнадцати своихъ согражданъ, порываетъ и съ тѣмъ, что присяжные являются высшими судьями по вопросамъ факта. Принципъ этотъ настолько безусловенъ для континентальныхъ юристовъ [1]), что нарушеніе его въ Англіи, въ странѣ, которая вскормила и выростила судъ присяжныхъ и внушила къ нему уваженіе въ другихъ странахъ, можетъ показаться очень страннымъ. Но на самомъ дѣлѣ въ новомъ англійскомъ законодательствѣ слѣдуетъ видѣть не нарушеніе лежащей въ основѣ этого принципа мысли, а лишь дальнѣйшее развитіе ея. Принципъ, какъ таковой, не можетъ составить абсолютной истины или правды, онъ лишь временное, болѣе общее выраженіе практическихъ потребностей, которыя позднѣе перерастаютъ его. Судъ присяжныхъ, единогласно постановляющій вердиктъ, былъ созданъ какъ одна изъ лучшихъ гарантій невинности, но время показываетъ, что этой гарантіи недостатотно, что отдѣльныя ошибки время отъ времени проникаютъ въ правосудіе и что поэтому необходимо усилить еще болѣе строй гарантій невинности, защита

[1]) Введеніе апелляціи на вердиктъ присяжныхъ, насколько мнѣ извѣстно, въ континентальной литературѣ никѣмъ не рекомендовалось. Апелляціонное обжалованіе приговоровъ, постановленныхъ съ участіемъ народнаго элемента (въ лицѣ шеффеновъ), существуетъ только въ Германіи.

которой составляетъ одну изъ основныхъ цѣлей уголовнаго процесса [1]). Пересмотръ рѣшеній присяжныхъ съ этою цѣлью и является такою добавочной гарантіей, которая, можетъ быть, нарушаетъ принципъ, но усиливаетъ лежащую въ основѣ его гарантію. Мы должны принять во вниманіе, что апелляція допускается только со стороны осужденнаго, и слѣдовательно *въ интересахъ невинности*, а не въ интересахъ обвиненія. Затѣмъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что рѣшеніе, постановляемое при апелляціи противъ осужденія, по какому-либо другому пункту обвинительнаго акта, не можетъ быть болѣе строгимъ, чѣмъ вынесенный въ первомъ процессѣ приговоръ. Слѣдовательно, положеніе жалобщика во всякомъ случаѣ не можетъ быть худшимъ, чѣмъ то, въ какомъ онъ сказался *по вердикту присяжныхъ*. Оно можетъ оказаться худшимъ, если онъ апеллируетъ *противъ приговора*, вынесеннаго коронными судьями, но вопросъ объ этомъ видѣ апелляціи не имѣетъ ничего общаго съ колебаніемъ силы вердикта присяжныхъ. Такимъ образомъ новый законъ усиливаетъ гарантіи невинности въ процессѣ, принося имъ въ жертву даже непоколебимость вердиктовъ жюри. Онъ представляетъ собою дальнѣйшее развитіе того начала, которое нашло свое первоначальное выраженіе на континентѣ въ институтѣ устраненія вердикта присяжныхъ коронным судомъ, но съ сохраненіемъ нѣкоторыхъ своеобразныхъ чертъ англійскаго права и, въ частности, принципа, по которому никто не можетъ быть подвергнутъ опасности вторичнаго осужденія присяжными.

Очертивъ такимъ образомъ общую схему отдѣльныхъ видовъ апелляціи по новому англійскому закону, мы переходимъ къ болѣе детальному разсмотрѣнію постановленій относительно нихъ.

VII.

Вопросъ объ *апелляціи по правовому основанію* вызывалъ сравнительно мало споровъ. Страна съ развитымъ правосудіемъ не можетъ мириться съ приговорами, какимъ бы авторитетнымъ судомъ они ни были постановлены, если въ основѣ ихъ лежитъ нарушеніе права и если эта ошибка привела къ неправильному осужденію. Съ другой стороны, Англіи съ 1848 г. былъ уже

[1]) См. мою книгу—Свобода личности въ уголовномъ процессѣ 1906 г. Введеніе.

извѣстенъ этотъ видъ пересмотра въ видѣ полномочія, предоставленнаго предсѣдательствующему по дѣлу судьѣ переносить дѣло на рѣшеніе особаго суда (Court of Crown Cases Reserved). Но этого было недостаточно, такъ какъ переносъ дѣла зависѣлъ отъ усмотрѣнія судьи, а судья, если не предполагать какихъ-либо худшихъ мотивовъ, легко могъ ошибаться самъ и не видѣть юридической спорности или неправильности тамъ, гдѣ она на самомъ дѣлѣ существуетъ. Лордъ Хэльсбюри говорилъ въ палатѣ лордовъ въ 1905 г. по поводу билля объ апелляціи: „Очень рѣдко случается, чтобы кто-либо изъ судей Его Величества отказался передать въ судъ резервированныхъ уголовныхъ дѣлъ вопросъ, который можетъ быть предметомъ спора. Но все-же порою судьи, не желая, чтобы ихъ рѣшенія подвергались особому разслѣдованію, отказывали въ резервированіи такихъ вопросовъ, въ особенности судьи, не принадлежащіе къ короннымъ судьямъ, а къ числу предсѣдателей четвертныхъ сессій, рекордеровъ и др. Поэтому нежелательно оставлять пересмотръ по правовому основанію на усмотрѣніе ученыхъ судей, хотя бы даже коронныхъ, но слѣдуетъ сдѣлать его независимымъ отъ усмотрѣнія судьи. Согласно съ этимъ, въ проектѣ проводится правило, что, вмѣсто разрѣшенія отъ судьи, можно получить на основаніи достаточныхъ доказательствъ предписаніе отъ суда королевской скамьи, обращенное къ ученому судьѣ о передачѣ этого вопроса въ судъ коронныхъ дѣлъ". Комиссія по дѣлу А. Бека пришла къ заключенію о необходимости того, чтобы передача дѣлъ въ судъ резервированныхъ уголовныхъ дѣлъ происходила не по усмотрѣнію судьи, а была обязательна по простому заявленію подсудимаго. Съ проектированіемъ апелляціоннаго суда полномочія по рѣшенію вопросовъ о правѣ должны быть перенесены къ нему. Усовершенствованіе это сознавалось настолько ясно, что при обсужденіи билля объ уголовной апелляціи въ парламентѣ, несмотря на то, что имъ въ этомъ случаѣ устанавливалось абсолютное право жалобы по вопросамъ права, необходимость этого расширенія не оспаривалась. Кромѣ того, такъ какъ апелляціонному суду переданы всѣ полномочія суда коронныхъ дѣлъ (ст. 20 п. 4), онъ можетъ рѣшать вопросы права не только по апелляціи осужденнаго, но и по постановленію самого судьи, желающаго выяснить себѣ какое-либо юридическое положеніе передъ вынесеніемъ своего приговора. Это широкое право апелляціи на основаніи вопроса о правѣ нѣсколько смягчается возможностью для апелляціоннаго суда отвер-

гать апелляцію въ томъ случаѣ, когда онъ признаетъ, что данный вопросъ права могъ быть рѣшенъ въ пользу жалобщика, но въ дѣйствительности отъ неправильнаго его рѣшенія не произошло существеннаго ущерба для правосудія (miscarriage of justice), т. е. что онъ имѣлъ лишь формальное значеніе.

Предоставленіе такого широкаго права апелляціи по правовому основанію имѣло въ виду, конечно, и расширить фактическій контроль высшей инстанціи надъ толкованіемъ правовыхъ положеній, усилить централизацію въ этой области, потребность въ чемъ ощущалась уже давно.

Большинство споровъ относительно апелляціи вращалось вокругъ вопроса объ апелляціи на основаніи *вопросовъ факта*. Допущеніе апелляціи здѣсь являлось новымъ началомъ для англійскаго правосудія. Многимъ казалось недопустимымъ противопоставлять „единогласному рѣшенію жюри изъ двѣнадцати человѣкъ, слышавшихъ все дѣло, наблюдавшихъ поведеніе свидѣтелей и получившихъ правильныя правовыя указанія отъ судьи, рѣшеніе большинства трехъ или пяти судей, не слышавшихъ дѣла и не видѣвшихъ свидѣтелей“. И дѣйствительно, рѣшительныхъ сторонниковъ безусловной апелляціи по вопросамъ факта было очень немного среди выдающихся юристовъ; поэтому важно было найти пригодныя ограниченія этого права и выработать надлежащій компромиссъ въ этой области, который позволилъ бы избѣгать наиболѣе рѣшительныхъ неправильностей, наблюдаемыхъ иногда въ производствѣ съ присяжными, и несоотвѣтствія вердикта съ доказательствами.

Безусловное право апелляціи по фактическимъ основаніямъ нѣкоторыми отстаивалось только для приговоровъ, назначающихъ смертную казнь. Такъ, въ проектѣ закона объ уголовной апелляціи, внесенномъ въ 1890 г. нынѣшнимъ первымъ министромъ Асквитомъ и сэромъ Джемсомъ, имѣлась слѣдующая статья: „подсудимый, осужденный по обвинительному акту предъ судомъ и приговоренный къ смертной казни, можетъ апеллировать способомъ, указаннымъ въ настоящемъ актѣ, въ уголовный апелляціонный судъ по всякому, какъ фактическому, такъ и правовому основанію или смѣшанному, возникшему на судебномъ слѣдствіи или внѣ его“. Это исключеніе однако отвергалось весьма многими авторитетными писателями потому, что процессъ по дѣламъ, влекущимъ смертную казнь, какъ, напр., процессъ по дѣламъ объ убійствѣ или государственной измѣнѣ, обставленъ еще бо̀льшими гарантіями, чѣмъ

процессъ обычный, такъ что присоединеніе дальнѣйшихъ гарантій излишне. Лордъ Хэльсбюри при обсужденіи этого билля замѣтилъ: „если кто-либо нуждается въ примѣрѣ наиболѣе тщательнаго и подробнаго отправленія правосудія, то онъ найдетъ его въ англійскомъ судѣ по дѣламъ объ убійствѣ“; что же касается дѣлъ объ измѣнѣ, то другой авторитетъ, сэръ Ф. Поллокъ, пишетъ, что „судъ по дѣламъ о государственной измѣнѣ въ настоящее время представляетъ изъ себя образецъ самаго выработаннаго суда, какой только имѣетъ мѣсто у насъ“ [1]).

Присяжные съ необычайной тщательностью разсматриваютъ дѣла, влекущія смертную казнь, и приговоръ никогда не приводится въ дѣйствіе, если судья почему либо сохраняетъ хоть малѣйшее подозрѣніе въ ошибкѣ. Выдѣлять поэтому дѣла, влекущія смертную казнь, не представляется особыхъ основаній.

Правительство въ своемъ проектѣ 1906 г. предложило поэтому иное ограниченіе права апелляціи по фактическому основанію, именно: жалобщикъ долженъ испросить предварительно разрѣшеніе апелляціоннаго суда на принесеніе жалобы. Но графъ Хэльсбюри внесъ поправку, въ которой требовалъ, кромѣ того, полученія позволенія со стороны судьи, рѣшавшаго дѣло. Этимъ онъ повторилъ мнѣніе большого авторитета по доказательственному праву Питтъ-Тэйлора, который 60 лѣтъ тому назадъ замѣтилъ въ комитетѣ палаты лордовъ: „Я полагаю, что если предоставить право апелляціи по вопросамъ факта, то оно должно быть допущено въ дѣлахъ, гдѣ судья по своему усмотрѣнію признаетъ его соотвѣтственнымъ, т. е. въ дѣлахъ, въ которыхъ присяжные не высказали сомнѣнія и признали подсудимаго виновнымъ, но судья,

---

[1]) Главныя процессуальныя отличія суда по дѣламъ о государственной измѣнѣ отъ общаго, характерныя вообще для пониманія англійскаго процесса по политическимъ дѣламъ, состоятъ въ слѣдующемъ: 1) обвиняемый въ измѣнѣ можетъ быть освобождаемъ на поруки только съ согласія государственнаго секретаря, высшаго суда или одного изъ его судей во время вакацій, 2) онъ имѣетъ право на копію со списка присяжныхъ, 3) онъ имѣетъ право безъ объясненія причинъ отвести тридцать пять присяжныхъ, 4) онъ имѣетъ право на копію съ обвинительнаго акта и списка свидѣтелей за десять дней до суда, тогда какъ въ общемъ процессѣ онъ не получаетъ этихъ документовъ, 5) онъ не можетъ быть признанъ виновнымъ иначе, какъ по показанію подъ присягою двухъ свидѣтелей, 6) пріостановка приговора не можетъ быть произведена по какимъ-либо техническимъ причинамъ, 7) давность преслѣдованія по дѣламъ объ измѣнѣ равняется тремъ годамъ.

въ отличіе отъ мнѣнія присяжныхъ, сохранилъ такое сомнѣніе". На это замѣчаніе, однако, въ свое время судья Парке отвѣчалъ, что при такихъ условіяхъ возможность полученія позволенія на апелляцію будетъ крайне затруднена. Когда поправка графа Хэльсбюри была принята, то, по замѣчанію лорда Эшборна, апелляціонный судъ сталъ зависѣть въ допущеніи апелляціи по вопросу факта отъ усмотрѣнія судьи, рѣшавшаго дѣло. Положеніе апелляціи по фактическому основанію стало напоминать положеніе апелляціи по правовому основанію съ 1848 г., когда допущеніе переноса дѣлъ въ судъ по дѣламъ короны также зависѣло отъ усмотрѣнія судьи. Въ окончательной редакціи закона это положеніе было смягчено. Допущеніе апелляціи по фактическому основанію поставлено въ зависимость отъ позволенія апелляціоннаго суда или отъ удостовѣренія судьи, рѣшавшаго дѣло. Если судья откажетъ въ просьбѣ обвиняемаго выдать удостовѣреніе, то такой отказъ будетъ принятъ во вниманіе апелляціоннымъ судомъ при рѣшеніи вопроса о допущеніи апелляціи, но не явится рѣшительнымъ (ст. 3 п. б) [1]).

Апелляціонный судъ долженъ допустить апелляцію противъ осужденія по фактическому или смѣшанному основанію, если онъ признаетъ, что вердиктъ неразуменъ или не можетъ быть оставленъ въ силѣ въ виду имѣющихся доказательствъ, или что рѣшеніе суда, которымъ жалобщикъ былъ осужденъ, должно быть устранено вслѣдствіе неправильнаго рѣшенія юридическаго вопроса или вслѣдствіе ошибки въ правѣ, отъ которой произошелъ существенный ущербъ для правосудія.

Право апелляціи противъ *приговора* также не является без-

---

[1]) Сэръ *Гарри Поландъ* находитъ и эти рамки апелляціи по фактическому основанію весьма широкими. Осужденному предоставляется широкая возможность „тянуть дѣло". „Послѣ двухъ послѣдовательныхъ выслушиваній дѣла (у магистрата и предъ присяжными) осужденный желаетъ апеллировать. Онъ сначала обращается къ судьѣ, рѣшавшему дѣло, за позволеніемъ; если здѣсь онъ получилъ отказъ, онъ можетъ обратиться къ судьѣ апелляціоннаго суда за такимъ позволеніемъ и если и здѣсь ему отказываютъ, то онъ можетъ потребовать, чтобы апелляціонный судъ въ законномъ составѣ разсмотрѣлъ его просьбу. Если судъ удовлетворяетъ его просьбу, то происходитъ новое разбирательство дѣла, и, если въ апелляціи ему отказано, то онъ все еще можетъ адресовать прошеніе къ государственному секретарю по внутреннимъ дѣламъ о помилованіи, и когда судъ покончитъ съ дѣломъ, имъ начнутъ заниматься газеты. И все это происходитъ при помощи назначеннаго судомъ защитника и за публичный счетъ!"

условнымъ. Оно поставлено въ зависимость, но лишь отъ одного только условія—разрѣшенія апелляціоннаго суда; это сдѣлано съ тою цѣлью, чтобы предотвратить излишнее сутяжничество, такъ какъ это право апелляціи обрисовано широко. Впрочемъ, отъ этого начала зависимости апелляціи противъ приговора отъ разрѣшенія апелляціоннаго суда мы встрѣчаемъ уже отступленіе въ новомъ Prevention of crime bill 1908. Этотъ билль предоставляетъ, между прочимъ, суду, на основаніи вердикта присяжныхъ, признавшихъ: 1) что подсудимый былъ не менѣе чѣмъ трижды осужденъ за опредѣленныя преступленія (crime) и 2) что подсудимый во время учиненія преступленія, за которое онъ въ настоящее время подлежитъ суду, велъ постояннымъ образомъ нечестную или преступную жизнь,—констатировать, что подсудимый является „привычнымъ преступникомъ“ (habitual criminal), и присудить его къ заключенію въ каторжную тюрьму на неопредѣленное время (during His Majesty's pleasure); такое заключеніе называется *превентивнымъ* (preventive detention). Лицамъ, признаннымъ привычными преступниками, ст. 9 этого законопроекта предоставляетъ *абсолютное* право апелляціи противъ приговора въ уголовный апелляціонный судъ.

Въ прежнее время по writ of error такой пересмотръ приговора могъ быть произведенъ только вслѣдствіе его незаконности, по акту объ апелляціи это возможно, кромѣ того, и вслѣдствіе чрезмѣрной суровости приговора (возможность такой апелляціи исключена лишь, когда имѣется безусловно опредѣленная санкція, напр., смертная казнь по дѣламъ о предумышленномъ убійствѣ, murder). Въ введеніи апелляціи противъ приговора какъ бы находитъ себѣ подкрѣпленіе одна изъ статей билля о правахъ, запрещающая „жестокія и необычныя наказанія“. При пересмотрѣ приговора апелляціонный судъ имѣетъ случай вновь ознакомиться съ личностью подсудимаго и окружающей его средою и получить болѣе полныя свѣдѣнія, опредѣляющія цѣлесообразное примѣненіе наказанія; поэтому было признано нежелательнымъ стѣснять судъ при постановленіи новаго приговора и предоставить ему возможность назначать даже приговоръ болѣе строгій, чѣмъ прежній. Это правило, кромѣ того, разсчитано и на то, чтобы служить нѣкоторой сдержкой противъ безпочвенныхъ жалобъ.

Уголовному апелляціонному суду предоставлены значительныя полномочія при постановкѣ своихъ приговоровъ по апелляціямъ на осужденіе и на приговоръ.

При *апелляціи на осужденіе* наиболѣе простой представляющійся осужденному путь—кассація обвинительнаго вердикта и приговора и постановка оправдательнаго приговора (собственно—предписаніе клерку суда присяжныхъ внести въ протоколъ оправданіе). Но если бы въ распоряженіи апелляціоннаго суда была только эта возможность, то можно было бы опасаться значительнаго числа оправданій по чисто техническимъ недостаткамъ первоначальнаго производства, при чемъ оправданій безповоротныхъ, такъ какъ вторичное преслѣдованіе по тому же преступленію является недопустимымъ. Поэтому законъ, жертвуя отчасти тождествомъ обвиненія, въ ст. 5 предоставилъ апелляціонному суду особыя полномочія. Апелляціонный судъ можетъ: 1) лишь отчасти отвергнуть вердиктъ, если послѣдній состоитъ изъ нѣсколькихъ пунктовъ, утвердивъ только тѣ части, по которымъ жалобщикъ правильно осужденъ, и 2) онъ можетъ, отвергнувъ вердиктъ, признать жалобщика виновнымъ по какому-либо другому пункту обвинительнаго акта, если, по мнѣнію его, присяжные могли бы счесть достаточными представленныя по этому пункту доказательства, хотя бы этотъ пунктъ предусматривалъ иное преступленіе, но подъ тѣмъ условіемъ, что назначенное имъ наказаніе не можетъ быть болѣе строгимъ. При этой второй формѣ апелляціонный судъ уже въ значительной степени самъ замѣняетъ присяжныхъ, и если бы это не былъ англійскій судъ, то можно было бы опасаться злоупотребленій, несмотря на приведенныя ограниченія.

При апелляціи на приговоръ апелляціонный судъ имѣетъ наибольшія полномочія, такъ какъ противоставляетъ свое рѣшеніе рѣшенію профессіональнаго же судьи: 1) онъ можетъ по всякимъ основаніямъ замѣнить приговоръ прежній новымъ, болѣе или менѣе строгимъ; 2) въ случаѣ, если судъ, рѣшавшій дѣло, сдѣлалъ неправильное заключеніе изъ спеціальнаго вердикта [1]), вынесен-

[1]) Спеціальный вердиктъ—это рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей, констатирующее только наличность указанныхъ въ обвинительномъ актѣ фактовъ, при чемъ юридическая оцѣнка ихъ, а въ томъ числѣ и вопросъ, вытекаетъ ли отсюда виновность подсудимаго, или нѣтъ, передается на рѣшеніе ученаго судьи. Такіе спеціальные вердикты выработались, какъ мѣра, освобождающая присяжныхъ отъ отвѣтственности вслѣдствіе имѣвшихъ мѣсто въ прежнее время случаевъ преслѣдованія присяжныхъ за оправданія. Въ случаѣ вынесенія спеціальнаго вердикта еще нельзя говорить объ „осужденіи“, ибо констатированы только факты, и потому апелляція противъ приговора implicite содержитъ и апелляцію противъ осужденія.

наго присяжными, онъ можетъ сдѣлать заключеніе, согласное съ закономъ, и постановить въ соотвѣтствіи съ этимъ новый приговоръ; 3) признавъ осужденнаго жалобщика ненормальнымъ и потому неотвѣтственнымъ за его дѣйствія, апелляціонный судъ можетъ кассировать приговоръ и предписать отдачу жалобщика подъ охрану, какъ умалишеннаго [1]); 4) не затрагивая существа приговора, апелляціонный судъ можетъ приказомъ лишить силы или измѣнить всякое постановленіе суда, разсматривавшаго дѣло о возвращеніи вещей какому-либо лицу. Дѣйствіе постановленій суда, рѣшавшаго дѣло, по этому предмету пріостанавливается на все время до рѣшенія апелляціи, кромѣ случаевъ, гдѣ титулъ собственности, по мнѣнію суда, стоитъ внѣ спора [2]); 5) незави-

---

[1]) Вопросъ о вмѣняемости съ 1843 г. всецѣло перешелъ въ компетенцію присяжныхъ, постановляющихъ въ случаѣ признанія ея спеціальный вердиктъ (guilty but insane). По словамъ Джемса Стифена, за послѣднія шестьдесятъ лѣтъ не наблюдалось случая, когда бы коронный судъ постановлялъ мотивированное рѣшеніе по этому вопросу, кромѣ гражданскихъ дѣлъ о договорахъ и завѣщаніяхъ. Со времени акта объ уголовной апелляціи этотъ вопросъ долженъ стать вопросомъ юридическаго значенія для ученыхъ судей, и потому можно думать, что англійское право по этому вопросу, весьма неясное въ настоящее время и устарѣлое, будетъ значительно улучшено практикой. Вслѣдствіе неясности вопроса, вѣроятно, апелляція на основаніи ненормальности подсудимаго не вполнѣ правильно отнесена къ апелляціи противъ приговора, а не къ апелляціи противъ осужденія по правовому основанію. Имѣлось въ виду установить для этихъ случаевъ необходимость предварительнаго испрошенія разрѣшенія апелляціоннаго суда, какъ это требуется для апелляцій противъ приговора (но не вслѣдствіе ошибки въ правѣ). Согласно установившейся до сихъ поръ практикѣ вопросу о невмѣняемости придается только особое значеніе по дѣламъ объ убійствѣ, и здѣсь можно ждать частаго примѣненія апелляціи въ будущемъ.

[2]) Любопытно замѣтить, что англійское право о возвращеніи похищенной собственности до настоящаго времени регулировалось постановленіями начала XVI вѣка (1529 г.), выработавшимися при существованіи старой апелляціи (т. е. частнаго преслѣдованія за уголовныя преступленія, сопряженнаго съ вызовомъ на поединокъ), несмотря на то, что такая старинная апелляція вымерла уже въ XVII вѣкѣ и была формально отмѣнена въ 1819 году. До сихъ поръ, напр., судъ королевской скамьи, являвшійся органомъ королевскаго, а не общиннаго правосудія, не могъ постановлять приговоровъ о возвращеніи краденыхъ вещей. Затѣмъ право возстановленія собственности всегда ограничивается лишь вещами, перечисленными въ обвинительномъ актѣ, что является прямымъ пережиткомъ принципа, который опредѣлялъ исходъ при апелляціи, именно, что предметъ спора долженъ быть строго опредѣленъ и занесенъ въ актъ, и что ничто другое

симо отъ суда, разсматривавшаго дѣло, или въ измѣненіе его постановленій, апелляціонный судъ можетъ постановлять о желательности высылки жалобщика изъ предѣловъ Англіи. Это постановленіе происходитъ на основаніи акта объ иностранцахъ (Aliens Act 1905) и передается въ формѣ рекомендаціи государственному секретарю, который уже отъ себя издаетъ предписаніе о высылкѣ послѣ отбытія наказанія, съ воспрещеніемъ возвращенія навсегда или на извѣстный срокъ въ Соединенное Королевство.

Мы разсмотрѣли виды апелляціи, предоставленной только осужденному. Но новый законъ устанавливаетъ еще одинъ чрезвычайный способъ апелляціи по вопросамъ права, который значительно приближается къ кассаціи въ интересахъ закона, но въ отличіе отъ послѣдней оказываетъ вліяніе и на дѣло. Въ случаѣ, если рѣшеніе апелляціоннаго суда заключаетъ въ себѣ вопросъ права чрезвычайнаго публичнаго значенія, и является желательной дальнѣйшая апелляція, то какъ обвинитель въ лицѣ директора публичныхъ преслѣдованій, такъ и подсудимый могутъ апеллировать на это рѣшеніе въ палату лордовъ, испросивъ особое удостовѣреніе отъ генеральнаго атторнея, въ которомъ отмѣчается важность возбужденнаго вопроса. Этотъ исключительный порядокъ вводитъ особую инстанцію и предоставляетъ право апелляціи *обвинителю* по особо важнымъ вопросамъ права. Какъ мы видѣли выше, палата лордовъ и до акта 1907 г. въ совершенно исключительныхъ случаяхъ (скорѣе по буквѣ закона, чѣмъ на практикѣ) имѣла нѣкоторую компетенцію по уголовнымъ дѣламъ. Именно, когда гражданскій апелляціонный судъ по writ of error рѣшалъ дѣла, перенесенныя изъ отдѣленія королевской скамьи вслѣдствіе очевидной правовой ошибки, то стороны могли, съ разрѣшенія генеральнаго атторнея, апеллировать далѣе въ палату лордовъ. По аналогіи съ этимъ существующимъ порядкомъ создано и настоящее правило акта объ уголовной апелляціи. Какъ можно

не можетъ быть признано украденнымъ, какъ то, что занесено въ обвинительный актъ. Постановленія новаго акта, вводящаго апелляцію (но, конечно, въ совершенно иномъ смыслѣ), наносятъ сильный ударъ этимъ любопытнымъ правовымъ пережиткамъ, позволяя апелляціонному суду дѣлать постановленія о возвращеніи вещей независимо отъ обвинительнаго акта, игнорируя правило, по которому только присяжные, какъ выносившіе вердиктъ по обвинительному акту, были компетентны отвѣчать на вопросъ о возвращеніи вещей.

видѣть, въ этомъ случаѣ право апелляціи предоставляется, въ отступленіе отъ общаго правила, и представителю короны.

Въ 1845 г. комиссія, составлявшая билль объ уголовной апелляціи, предполагала предоставить коронѣ условное право апелляціи по вопросамъ факта, въ видѣ предложенія о новомъ судѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда оправданіе было, повидимому, достигнуто посредствомъ клятвопреступленія. Но это предложеніе встрѣтило большую оппозицію въ силу принципа, что „обвиняемый не долженъ дважды быть подвергаемъ опасности осужденія". Ст. 20 п. 1 акта объ апелляціи 1907 г. опредѣленно исключаетъ возможность производства новаго суда вслѣдствіе ошибки. Оправдательный приговоръ сохраняетъ свою силу, слѣдовательно, даже въ томъ случаѣ, если будетъ доказано, что онъ основанъ на обманѣ или клятвопреступленіи. Въ этихъ случаяхъ, если виновникомъ ихъ былъ оправданный, онъ подлежитъ лишь суровой отвѣтственности за нихъ, какъ за самостоятельныя преступленія. Логичность принципа, что апелляція должна быть односторонней, поддерживается англійскими юристами тѣмъ соображеніемъ, что подсудимый является болѣе слабой стороной изъ двухъ борящихся, и поэтому не является нелогичнымъ предоставленіе ему такого права, которое отнимается отъ короны.

Но, съ другой стороны, слѣдуетъ предусмотрѣть возможность того, что палата лордовъ кассируетъ вердиктъ и приговоръ. Какъ быть въ такомъ случаѣ? Комментаторы новаго закона указываютъ, что въ этомъ случаѣ должны быть снова созваны то же жюри и предсѣдательствовавшій въ немъ судья, который дастъ присяжнымъ разъясненіе закона въ согласіи съ указаніями палаты лордовъ и вновь выслушаетъ ихъ вердиктъ [1]). Но это рѣшеніе, быть можетъ, вѣрное логически, на практикѣ порою неосуществимо. Можно думать, что, въ виду невозможности этого, дѣло должно быть перерѣшено уголовнымъ апелляціоннымъ судомъ, какъ предпослѣдней инстанціей.

Осуществленіе права апелляціи противъ осужденія какъ по фактическому, такъ и по правовому основанію и права апелляціи противъ приговора ограничено извѣстнымъ срокомъ (10 дней послѣ постановки вердикта или приговора), который въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ быть продленъ постановленіемъ уголовнаго

---

[1]) Въ такомъ смыслѣ высказываются *H. Poland* и *H. Cohen*. Criminal Appeal bill revised, p. 3.

апелляціоннаго суда. Во всѣхъ этихъ случаяхъ иниціатива пересмотра принадлежитъ осужденному, и апелляція направляется противъ судебнаго рѣшенія, которое, по терминологіи континентальныхъ юристовъ, еще не вступило въ законную силу (англійское право вмѣсто того говоритъ о приговорахъ и рѣшеніяхъ, временно суспензированныхъ). Но, кромѣ этихъ видовъ пересмотра, континентальному праву извѣстенъ еще одинъ—возобновленіе уголовныхъ дѣлъ, имѣющее чрезвычайный характеръ и примѣняющееся, по рѣшенію суда или по требованію высшей административной власти, въ случаѣ судебныхъ ошибокъ или неправильныхъ приговоровъ, и къ рѣшеніямъ, вступившимъ въ законную силу. Установленіе такого вида пересмотра было настоятельной потребностью и англійскаго права, вслѣдствіе довольно частыхъ случаевъ судебной ошибки, обнаружившейся впослѣдствіи какъ то показали хотя бы дѣла Бека и Эдальджи. Новый законъ даетъ извѣстное удовлетвореніе этой потребности.

VIII.

До принятія новаго закона, по практикѣ, установившейся въ Англіи, въ случаѣ обнаруженія новыхъ обстоятельствъ, свидѣтельствующихъ о невинности какого-либо осужденнаго, послѣдній получалъ помилованіе отъ короны по представленію государственнаго секретаря по внутреннимъ дѣламъ. Это право помилованія, развившееся изъ права преслѣдованія королемъ публичныхъ посягательствъ, какъ преступленій противъ его могущества и мира, служило въ Англіи различнымъ цѣлямъ. Съ развитіемъ судебнаго строя власть усмотрѣнія, которую необходимо заключаетъ въ себѣ право помилованія, стала замѣняться рядомъ новыхъ институтовъ, а отчасти отмирать. Но въ сферѣ возстановленія невинно осужденныхъ эта власть держится еще до сихъ поръ. На недостаточность одного только помилованія въ такихъ случаяхъ стали уже давно обращать вниманіе. Въ 1848 г. лордъ Кэмбель замѣтилъ въ палатѣ лордовъ, что, „даже если обвиняемый неправильно осужденъ, то онъ все же получаетъ прощеніе, какъ если бы онъ былъ дѣйствительно виновенъ во вмѣняемомъ ему преступленіи“. Лордъ Дэнманъ въ особомъ комитетѣ палаты лордовъ въ томъ же году замѣтилъ, что „помилованіе“ невиннаго составляетъ насмѣшку надъ невинностью; что наравнѣ съ дѣй-

ствительною невинностью помилованіе предоставляется часто и человѣку, заслуженно осужденному, на томъ основаніи, что онъ успѣшно апеллировалъ по какому-либо техническому основанію. Комиссія по дѣлу Бека пишетъ: „Развѣ не пришло время для устраненія ненормальности, состоящей въ помилованіи человѣка, который никогда не долженъ былъ быть осужденъ, и для принятія болѣе простого средства, состоящаго въ кассаціи осужденія по предложенію генеральнаго атторнея и въ судебномъ оправданіи осужденнаго". „При настоящемъ положеніи дѣла"—говоритъ лордъ Олдерсонъ—„невинный, даже получивъ помилованіе, значится въ судебныхъ документахъ осужденнымъ преступникомъ". Для устраненія этой ненормальности предлагали придать актамъ помилованія значеніе оправдательныхъ приговоровъ. Напр., авторитетный англійскій юристъ Ф. Поллокъ, въ бытность свою генеральнымъ атторнеемъ, предлагалъ, чтобы въ случаяхъ, когда корона предоставляетъ помилованіе на томъ основаніи, что доказательства, надлежаще провѣренныя, не соотвѣтствуютъ вынесенному приговору, главный атторней призналъ ошибку въ судебныхъ документахъ и кассировалъ осужденіе такъ, чтобы не осталось слѣдовъ судимости, такъ какъ корона не признаетъ виновность доказанной. Это мнѣніе, хотя и было поддержано нѣкоторыми авторитетами, не нашло себѣ признанія, такъ какъ придавало прерогативѣ помилованія судейскій характеръ.

Съ другой стороны, само министерство тяготилось отправленіемъ несвойственной ей судейской дѣятельности, а горячіе нападки прессы и парламента по поводу допускаемыхъ имъ ошибокъ или неудовлетворенія какихъ-либо желаній публики отражались на положеніи министерства, возлагая на него отвѣтственность за дѣйствія, не стоящія по существу подъ достаточнымъ его контролемъ. Поэтому министерство охотно пошло навстрѣчу обнаружившемуся теченію замѣнить порядокъ возстановленія невинно осужденныхъ путемъ помилованія порядкомъ судебнымъ [1]).

Въ теченіе 60 лѣтъ (1848—1907) осужденный не имѣлъ законныхъ средствъ оспариванія постановленнаго противъ него неправильнаго приговора; единственно возможнымъ основаніемъ для кассаціи приговора была жалоба на ошибку въ правѣ, признаніе

---

[1]) Оппозиціонная печать шутливо прозвала даже поэтому билль объ уголовной апелляціи—„Herbert Gladstone's Relief bill" („биллемъ объ облегченіи Герберта Гладстона"—тогдашняго министра внутреннихъ дѣлъ).

уважительности которой зависѣло отъ усмотрѣнія суда, постановившаго этотъ приговоръ. Но и здѣсь помилованіе предоставлялось во всѣхъ случаяхъ, когда судъ по особымъ дѣламъ короны (Court of Crown Cases Reserved) кассировалъ приговоръ, хотя бы эта кассація происходила по техническимъ основаніямъ, а подсудимый заслуживалъ кары. Такимъ образомъ, возстановленіе невинныхъ и исправленіе судебныхъ ошибокъ происходило путемъ не суда, а верховнаго управленія. Случаи примѣненія помилованія для такихъ цѣлей имѣли мѣсто нерѣдко. Въ парламентскихъ отчетахъ комиссій по дѣлу Бека и Эдальджи говорится: „Дѣла, въ которыхъ была установлена и признана дарованіемъ полнаго помилованія совершенная невинность осужденнаго, довольно рѣдки. Въ нѣсколько большемъ количествѣ бываетъ то, что какое-либо новое доказательство, не установляя еще невинности осужденнаго, набрасываетъ, однако, извѣстное сомнѣніе на его осужденіе, вслѣдствіе чего представляется небезопаснымъ больше держать осужденнаго въ заключеніи. Въ такихъ случаяхъ, обыкновенно, заключенный освобождается отъ оставшейся части наказанія безъ полнаго помилованія или даже, если имѣется возможность, подвергается условному освобожденію. Но даже и такого рода дѣла не очень часты. За шесть лѣтъ, съ 1898 по 1903, имѣли мѣсто лишь пять случаевъ, въ которыхъ было предоставлено полное помилованіе на основаніи невинности осужденнаго, а число смягченій наказанія и спеціальныхъ приказовъ о досрочномъ освобожденіи по основаніямъ, затрагивающимъ первоначальный приговоръ, было 90. Но за эти годы числа были очень невелики. Въ 1894 г. было 7 полныхъ помилованій на основаніи невинности или предполагаемой невинности, а въ 1904 г.—3. Полное помилованіе предоставляется иногда, чтобы устранить неправоспособность, имѣющую мѣсто въ случаяхъ, въ которыхъ даже не поднимается вопроса о невинности". Между тѣмъ, по свидѣтельству министерства внутреннихъ дѣлъ, число прошеній о помилованіи каждый годъ достигаетъ 5000, изъ нихъ 4000 приносятся самими осужденными, а 1000— ихъ адвокатами и друзьями или родственниками [1]). Изъ этихъ прошеній разслѣдованіе производится только по такимъ, которыя

[1]) См. Report of the Committee of Inquiry into the Case of Adolf Beck, 60 p. 331. Въ отвѣтъ на запросъ въ палатѣ общинъ государственный секретарь по внутреннимъ дѣламъ 13 мая 1907 г. представилъ слѣдующую таблицу полученныхъ министерствомъ петицій отъ осужденныхъ за 1905 г.

съ перваго взгляда признаются заслуживающими вниманія. Обыкновенно первымъ шагомъ такого разслѣдованія является затребованіе отъ судьи отчета о доказательствахъ съ просьбою высказать свое заключеніе по дѣлу; иногда, въ особенности по дѣламъ, имѣвшимъ мѣсто въ Лондонѣ, сначала запрашивается полиція. Затѣмъ разсматриваются газетные отчеты о дѣлѣ (оффиціальныхъ отчетовъ не имѣется). Для этой цѣли начальникамъ тюремъ дана инструкція сохранять лучшіе газетные отчеты о болѣе выдающихся дѣлахъ и посылать ихъ въ министерство вмѣстѣ съ прошеніемъ заключеннаго. Въ дѣлахъ, влекущихъ смертную казнь, судья постоянно присылаетъ еще копію съ сдѣланныхъ имъ на судѣ замѣтокъ, но обыкновенно избѣгаютъ безпокоить его и лишь при отсутствіи отчетовъ пользуются письменными свѣдѣніями, получаемыми отъ суда. На основаніи этихъ матеріаловъ составляется докладъ, показывающій, есть ли основаніе входить въ болѣе подробное изслѣдованіе дѣла, или нѣтъ. Въ большинствѣ случаевъ оказывается, что прошеніе или неправильно изображаетъ значеніе доказательствъ, или приводитъ только заявленія, не относящіяся къ вопросу о виновности или невиновности заключеннаго, и поэтому отвергается безъ особаго труда. Полученныхъ письменныхъ данныхъ о доказательствахъ министерство не провѣряетъ, оно не выслушиваетъ защиты, не вызываетъ свидѣтелей, не допускаетъ перекрестнаго допроса и потому въ своихъ дѣйствіяхъ не стре-

Число петицій.	Число дѣлъ.	Отъ кого петиціи получены.				Относилась ли петиція къ осужденію или приговору.			
		Отъ осужденныхъ.		Отъ адвокатовъ, друзей и проч.		Осужденіе.		Приговоръ.	
		Петицій.	Дѣлъ.	Петицій.	Дѣлъ.	Петицій.	Дѣлъ.	Петицій.	Дѣлъ.
2199	1499	1713	1242	486	283	1013	674	1186	850

Изъ числа 1499 дѣлъ въ 614 случаяхъ петиція была подана въ теченіе первыхъ трехъ мѣсяцевъ со времени постановленія приговора.

По даннымъ оффиціальной статистики за 1905 г. цифры нѣсколько отличны: петицій было 1524; изъ нихъ 674 указывали на неправильное осужденіе, и 850—на чрезмѣрную суровость наказанія. Изъ нихъ полное прощеніе съ уничтоженіемъ послѣдствій наказанія (free pardon) было предоставлено въ трехъ случаяхъ, и въ 392 было отмѣнено или сокращено наказаніе.

мится повторить снова судебное производство, а лишь даетъ основанные на свѣдѣніяхъ изъ вторыхъ рукъ совѣты коронѣ. При этомъ трудно склонить его къ рекомендованію полнаго помилованія, если не представлено какое-либо новое существенное доказательство, не бывшее на разсмотрѣніи прежняго суда; только по дѣламъ, гдѣ назначена въ качествѣ наказанія смертная казнь, доказательства изслѣдуются весьма обстоятельно и безъ открытія новыхъ. Иногда министерство отъ себя предпринимаетъ новую экспертизу, если судья или самъ экспертъ выскажетъ сомнѣніе по поводу достаточности или основательности бывшей на судѣ экспертизы. Но, по общему правилу, дѣло не возобновляется изслѣдованіемъ только для того, чтобы пересмотрѣть доказательства, уже подробно обслѣдованныя на судѣ. Въ случаѣ обнаруженія новыхъ обстоятельствъ, предпринимается рядъ дальнѣйшихъ розысковъ чрезъ полицію, иногда предлагается судьѣ полицейскаго суда или солиситору казначейства произвести допросъ свидѣтелей, иногда дается соотвѣтственное порученіе клерку судьи, если онъ заинтересуется дѣломъ, и, когда разслѣдованіе произведено, запрашивается мнѣніе судьи, рѣшавшаго дѣло. Судья, если имѣются данныя считать новыя доказательства существенными, часто самъ вызываетъ къ себѣ свидѣтелей и допрашиваетъ ихъ въ судѣ, а затѣмъ сообщаетъ государственному секретарю по внутреннимъ дѣламъ свое мнѣніе, нисколько, однако, не связывающее министерство, но всегда принимаемое съ большимъ вниманіемъ; иногда судья рекомендуетъ производство новыхъ разслѣдованій, могущихъ пролить свѣтъ на дѣло. Такимъ образомъ, рекомендація полнаго помилованія есть продуктъ своеобразнаго, установленнаго практикой взаимодѣйствія министерства и судьи, съ преобладающимъ вліяніемъ перваго.

При такомъ порядкѣ отъ министерства внутреннихъ дѣлъ зависѣлъ и вопросъ о выдачѣ вознагражденія лицамъ, невинно осужденнымъ. Въ то время какъ въ большинствѣ европейскихъ странъ этотъ вопросъ рѣшенъ законодательствами положительно, въ Англіи онъ регулируется административной практикой. Число неправильныхъ осужденій въ Англіи, начиная съ 1760 г., когда сформировался въ болѣе выработанномъ видѣ англійскій процессъ, сравнительно невелико, а случаи констатированія полной невинности и назначенія вознагражденія представляютъ собою изъ ряда вонъ выходящія явленія. Въ теченіе XIX вѣка извѣстны только пять случаевъ такого вознагражденія: 1) дѣло Барбера, разсма-

тривавшееся въ 1844 г., повлекшее за собою въ 1858 г. вознагражденіе неправильно осужденнаго въ размѣрѣ 5000 фунт. стерл.; 2) дѣло Галлея, осужденнаго въ 1835 г. и получившаго вознагражденіе въ 1000 фунтовъ лишь въ 1881 г.; 3) дѣло Габрона, неправильно осужденнаго въ 1876 г. и получившаго чрезъ три года вознагражденіе въ 1000 фунт. стерл.; 4) дѣло Бека въ 1880 г., получившаго вознагражденіе въ 500 фунт. стерл. и, наконецъ, 5) дѣло А. Бека 1904 г., получившаго въ удовлетвореніе изъ казначейства 5000 фунт. стерл. [1]). Впрочемъ, были повидимому и другія менѣе значительныя вознагражденія за этотъ періодъ. Такъ, по крайней мѣрѣ, можно судить изъ рѣчи министра внутреннихъ дѣлъ Гладстона, который заявлялъ въ 1907 г. въ парламентѣ, что „за послѣднія двадцать лѣтъ имѣли мѣсто 12 случаевъ выдачи вознагражденія на основаніи ошибочности или неправильности постановленнаго противъ осужденныхъ приговора, при чемъ въ 10 изъ нихъ вознагражденіе колебалось отъ 1 до 40 фунт. стерл.“.

Съ принятіемъ закона объ уголовной апелляціи этотъ административный порядокъ реабилитированія невинныхъ въ значительной степени уступаетъ мѣсто судебному. Ст. 19 закона гласитъ: „Ничто въ настоящемъ актѣ не затрагиваетъ прерогативы помилованія, но государственный секретарь при разсмотрѣніи всякаго прошенія объ осуществленіи Его Величествомъ права помилованія, относящагося къ осужденію или обвинительному приговору, на основаніи осужденія (не назначающему однако смертной казни), можетъ *во всякое время*, если признаетъ соотвѣтственнымъ: а) представить все дѣло въ уголовный апелляціонный судъ, и тогда дѣло будетъ тамъ разсмотрѣно и рѣшено, какъ въ случаѣ принесенія апелляціи лицомъ осужденнымъ; или б) если онъ желаетъ содѣйствія уголовнаго апелляціоннаго суда по какому-либо отдѣльному вопросу, возникающему въ дѣлѣ, съ цѣлью надлежащаго разсмотрѣнія прошенія, онъ можетъ представить этотъ вопросъ на уваженіе уголовнаго апелляціоннаго суда, и судъ, разсмотрѣвъ предложенный вопросъ, представитъ въ соотвѣтствіе съ этимъ свое мнѣніе государственному секретарю“.

При этомъ уголовный апелляціонный судъ, въ силу имѣющихся у него полномочій (ст. 4 п. 2), можетъ кассировать осужденіе и

---

[1]) Изложеніе первыхъ четырехъ дѣлъ можно найти у Sibley o. c. p. 266, 268—301.

постановить оправдательный вердиктъ, такъ что государственному секретарю не придется прибѣгать къ посредству королевскаго помилованія, а лицо, неправильно осужденное, будетъ возстановлено во всѣхъ своихъ правахъ въ судебномъ порядкѣ. Съ другой стороны, апелляціонный судъ можетъ признать его виновнымъ въ другомъ, меньшемъ преступленіи, если только подсудимый могъ быть признанъ присяжными виновнымъ въ этомъ преступленіи по обвинительному акту, и тѣмъ избѣгнуть оправданій по формальнымъ основаніямъ.

Если юридически разсмотрѣть этотъ новый порядокъ возобновленія уголовныхъ дѣлъ, то можно установить слѣдующія положенія. Возобновленіе допускается только относительно приговоровъ, окончившихся осужденіемъ подсудимаго; въ этомъ отношеніи законъ примыкаетъ къ французскому праву. Вердикты оправдательные, даже если они постановлены на основаніи подкупа, клятвопреступленія и обмана, не могутъ быть отмѣнены. Основанія для возобновленія не перечислены—ими могутъ быть даже обстоятельства, бывшія на разсмотрѣніи перваго суда. Все зависитъ отъ усмотрѣнія государственнаго секретаря по внутреннимъ дѣламъ, которому принадлежитъ иниціатива возбужденія вопроса о пересмотрѣ; за осужденнымъ и его близкими сохранено лишь право ходатайства о томъ. Секретарь по внутреннимъ дѣламъ (онъ же министръ юстиціи) можетъ по полученіи ходатайства: 1) или самостоятельно отвергнуть его; 2) или предписать произвести разслѣдованіе административнымъ путемъ и рекомендовать королю помилованіе полное или частичное (этотъ порядокъ соотвѣтствуетъ существующему); 3) или предложить апелляціонному суду высказаться по какому-либо вопросу, и затѣмъ на основаніи отвѣта суда предложить королю помилованіе или отвергнуть ходатайство; 4) или, наконецъ, передать дѣло цѣликомъ на пересмотръ апелляціоннаго суда, приговоръ котораго явится окончательнымъ отвѣтомъ на ходатайство осужденнаго. Послѣднее средство является наиболѣе рѣшительнымъ, такъ какъ дѣйствіе его, въ случаѣ оправданія, наиболѣе сильно; оно аннулируетъ осужденіе, позволяетъ апелляціонному суду самому разсмотрѣть доказательства и, собственно, только оно одно соотвѣтствуетъ континентальному возобновленію дѣла. Пересмотръ сосредоточенъ въ рукахъ одного главнаго суда, какъ то мы видимъ въ французской системѣ. Но характерно, что производство въ немъ опредѣляется не правилами производства въ первой инстанціи, какъ повсюду

на континентѣ, а правилами производства апелляціоннаго, т. е. съ сокращеніемъ нѣкоторыхъ процессуальныхъ гарантій. Ничто не препятствуетъ, поэтому, возможности возобновленія дѣла относительно умершаго осужденнаго, такъ какъ личное присутствіе не необходимо. Новый законъ дѣлаетъ институтъ возобновленія дѣлъ однимъ изъ средствъ, имѣющихся въ распоряженіи правительства, и осуществленіе его ставитъ всецѣло подъ контроль послѣдняго [1]).

IX.

Отъ разсмотрѣнія отдѣльныхъ видовъ пересмотра перейдемъ къ изложенію апелляціоннаго производства, которое является общимъ для всѣхъ ихъ.

Производство по апелляціи начинается съ заявленія осужденнаго (notice of appeal), указывающаго апелляціонныя основанія. Это заявленіе можетъ быть сдѣлано въ теченіе десяти дней со времени осужденія. Оно должно содержать въ себѣ 1) или *требованіе апелляціи*, если оно направлено противъ осужденія вслѣдствіе неправильнаго рѣшенія правового вопроса, а если судья, рѣшавшій дѣло, выдалъ удостовѣреніе о томъ, что дѣло пригодно для апелляціи, — то и вслѣдствіе фактической неправильности; 2) или только *просьбу о разрѣшеніи апелляціи*, если оно направлено противъ приговора или если оно направлено противъ осужденія по фактической неправильности и не имѣется удостовѣренія судьи. Адресуется и посылается оно на имя регистратора апелляціоннаго суда (а не въ судъ, рѣшившій дѣло, какъ принято у насъ). По предложенію регистратора, судья или предсѣдатель суда, предъ которымъ осужденъ жалобщикъ, представляетъ регистратору свои замѣтки о судебномъ слѣдствіи, которыя обычно ведетъ каждый судья по болѣе важнымъ дѣламъ вслѣдствіе отсутствія оффиціальнаго протокола, и отчетъ, выражающій его мнѣніе по дѣлу или по какому-либо отдѣльному вопросу, возникшему въ дѣлѣ. Затѣмъ апелляціонный судъ предпринимаетъ рядъ мѣръ для собранія доказательствъ, необходимыхъ для рѣшенія дѣла, пользуясь при этомъ содѣйствіемъ регистратора. По сообщеніямъ послѣдняго и по собственному усмотрѣнію, судъ заботится о на-

[1]) Въ этомъ отношеніи онъ напоминаетъ французскій законъ 1897 г., который ставитъ возобновленіе дѣлъ вслѣдствіе открытія новыхъ обстоятельствъ всецѣло въ зависимость отъ рѣшенія министра юстиціи.

значеніи солиситора или адвоката подсудимому, не имѣющему достаточныхъ средствъ, если то является желательнымъ въ интересахъ правосудія [1]).

Исполненіе всякаго постановляемаго судомъ присяжныхъ приговора суспенсируется на 10 дней. И если въ теченіе этого времени получается извѣщеніе объ апелляціи или о подачѣ просьбы о разрѣшеніи апелляціи, то приведеніе въ исполненіе назначеннаго наказанія откладывается до момента рѣшенія по апелляціи.

Еще до формальнаго рѣшенія апелляціи, принесенной по основанію, заключающему въ себѣ вопросъ *права*, апелляціонный судъ, по представленію регистратора, можетъ выслушать ее въ суммарномъ порядкѣ и, если признаетъ ее поверхностной или назойливой и могущей быть разрѣшенной немедленно безъ ожиданія полнаго слушанія, можетъ отвергнуть ее немедленно, безъ вызова въ засѣданіе какихъ-либо лицъ или представителя короны. Это полномочіе создаетъ своеобразную chambre des requêtes по уголовнымъ

---

[1]) Защита по назначенію впервые была введена въ Англіи въ 1903 г. Актъ о защитѣ неимущихъ подсудимыхъ (Poor prisoners defence act 1903) предоставляетъ суду право дѣлать постановленіе о назначеніи заключенному подъ стражу обвиняемому защитника въ тѣхъ случаяхъ, когда по обстоятельствамъ дѣла судъ признаетъ, что въ интересахъ справедливости обвиняемому необходима помощь юридически образованнаго лица при подготовкѣ и веденіи дѣла. При этомъ должно быть удостовѣрено, что обвиняемый не располагаетъ достаточными средствами для приглашенія защитника за свой счетъ. Защитникъ по назначенію получаетъ за свой трудъ вознагражденіе изъ казны, въ размѣрѣ для барристеровъ до 3 фунтовъ ст., а солиситоровъ до 2 ф. По особо сложнымъ дѣламъ вознагражденіе можетъ быть доведено судомъ до 5 фунтовъ. До этого закона положеніе бѣдняковъ на уголовномъ судѣ было крайне печальнымъ: имъ приходилось порою продавать свое послѣднее имущество, чтобы уплатить гонораръ адвокату. Нѣкоторую помощь въ этомъ отношеніи открывали лишь существующія общественно-благотворительныя организаціи.

Законъ объ уголовной апелляціи распространяетъ участіе защитника по назначенію и на апелляціонную инстанцію, притомъ не только для окончательнаго, но и для предварительнаго и промежуточнаго производства при апелляціи. Защитникъ по назначенію, содѣйствующій при апелляціи, получаетъ изъ казны, кромѣ возмѣщенія расходовъ по проѣзду, по тарифу, существующему для свидѣтелей, гонораръ, составляющій сумму до 2 ф. 2 шилл. для солиситора, на обязанности котораго лежитъ составленіе письменныхъ актовъ и подготовка дѣла, и 1 ф. 3 шилл. для адвоката, выступающаго въ судѣ. По особо труднымъ дѣламъ это вознагражденіе по постановленію судей можетъ быть увеличено до 7 ф. 7 шилл. для солиситора и 11 ф. — для адвоката.

дѣламъ и должно служить надежнымъ средствомъ противъ искусственной затяжки дѣла.

При самомъ апелляціонномъ производствѣ судъ имѣетъ всѣ полномочія, которыя въ настоящее время предоставлены гражданскому апелляціонному суду. Онъ можетъ издавать всякіе указы, необходимые для исполненія своихъ предписаній или приговоровъ. Постановляемый имъ приговоръ немедленно вступаетъ въ силу.

Апелляціонное производство распадается на предварительное, промежуточное и окончательное. Къ первому относится 1) дозволеніе апелляціи, могущее быть даннымъ даже однимъ изъ членовъ апелляціоннаго суда, и 2) отказъ въ апелляціи, производимый въ суммарномъ порядкѣ въ случаѣ признанія жалобы поверхностной (см. выше). Промежуточное производство заключается въ собраніи доказательствъ для рѣшенія и въ принятіи нѣкоторыхъ процессуальныхъ мѣръ (какъ, напримѣръ, постановленіе о взятіи подъ стражу или поручительствѣ, продленіе какого-либо процессуальнаго срока, разрѣшеніе присутствовать при слушаніи апелляціи по правовому основанію и пр.). И, наконецъ, окончательное производство заключается въ самомъ слушаніи дѣла и постановкѣ приговора. Законъ крайне мало говоритъ о томъ порядкѣ, въ которомъ должны быть предпринимаемы всѣ эти процессуальныя дѣйствія, опираясь здѣсь на установившееся common law, регулирующее судебную дѣятельность всѣхъ судовъ, и на rules of the court (правила суда), которыя должны были быть выработаны въ связи съ настоящимъ закономъ.

Преслѣдованіе въ уголовномъ апелляціонномъ судѣ возлагается общимъ образомъ на директора публичныхъ преслѣдованій. Онъ уступаетъ свое мѣсто только солиситору правительства и частному обвинителю по дѣламъ частнаго обвиненія. Ему принадлежитъ право знакомиться съ дѣломъ, брать для ознакомленія различныя вещественныя доказательства, получать копію стенографической записи судебнаго слѣдствія. По особо важнымъ вопросамъ права онъ можетъ, съ согласія генеральнаго атторнея, апеллировать въ палату лордовъ.

Процессуальныя права жалобщика при апелляціи сводятся къ слѣдующимъ. Жалобщикъ имѣетъ срокъ въ 10 дней для представленія сообщенія объ апелляціи или принесенія просьбы о разрѣшеніи на апелляцію, который можетъ быть продолжаемъ на любое время апелляціоннымъ судомъ (кромѣ случая присужденія къ смертной казни). Для составленія этихъ актовъ онъ можетъ

просить у регистратора необходимыя формы и инструкціи. Въ случаѣ, если онъ содержится подъ стражей, начальникъ тюрьмы долженъ распорядиться о передачѣ такихъ формъ и инструкцій въ распоряженіе заключеннаго, желающаго принести апелляцію, и, съ другой стороны, позаботиться, чтобы всякое сообщеніе объ апелляціи, переданное ему заключеннымъ, было доставлено регистратору. Въ случаѣ недостатка средствъ у жалобщика и при желательности того съ точки зрѣнія интересовъ правосудія, жалобщику можетъ быть назначенъ судомъ въ качествѣ юридическаго совѣтника солиситоръ или адвокатъ. Если дѣло не касается исключительно вопроса о правѣ, жалобщикъ имѣетъ право присутствовать при слушаніи его жалобы; въ остальныхъ случаяхъ его присутствіе зависитъ отъ правилъ суда и разрѣшенія на то суда. На время содержанія подъ стражей онъ подчиняется особому режиму. Это время не засчитывается въ срокъ наказанія лишеніемъ свободы. Время заключенія начинаетъ засчитываться, или теченіе наказанія возобновляется, со дня, въ который рѣшена апелляція, если жалобщикъ находился подъ стражей, и со дня заключенія въ тюрьму, если онъ находился на свободѣ во время рѣшенія апелляціи. Такое правило о незачетѣ очевидно создано въ цѣляхъ предупрежденія неосновательныхъ апелляцій. Въ отношеніи мѣръ пресѣченія за судомъ сохранена полная возможность освобождать жалобщика на поруки до рѣшенія его апелляціи независимо отъ важности дѣла. Жалобщикъ имѣетъ право на полученіе копіи съ стенографическаго протокола засѣданія суда, осудившаго его, по уплатѣ пошлинъ, установленныхъ казначействомъ. Въ томъ случаѣ, когда пользованіе какимъ либо правомъ зависитъ отъ разрѣшенія суда (напр., освобожденіе на поруки, присутствіе при рѣшеніи апелляціи по вопросу права и пр.), такое разрѣшеніе можетъ быть дано всякимъ отдѣльнымъ судьей уголовнаго апелляціоннаго суда; и въ случаѣ отказа въ разрѣшеніи жалобщикъ въ правѣ въ теченіе пяти дней послѣ сообщенія ему рѣшенія отдѣльнаго судьи подать прошеніе, подлежащее рѣшенію апелляціоннаго суда въ составѣ, требуемомъ для слушанія и рѣшенія дѣла по апелляціи, т. е. въ числѣ не менѣе трехъ судей. Процессуальныя права жалобщика на судебномъ слѣдствіи тѣ же, что и въ первой инстанціи.

Возмѣщенія издержекъ при апелляціи не получаетъ ни та, ни другая сторона, но расходы солиситора или адвоката, назначеннаго жалобщику на основаніи этого акта, расходы свидѣтелей,

явившихся по вызову суда или допрошенныхъ въ какомъ-либо предварительномъ или промежуточномъ производствѣ по апелляціи, и по явкѣ жалобщика на слушаніе апелляціи или на какое-либо предварительное или промежуточное производство, и всѣ расходы по допросу свидѣтелей, произведенные лицомъ, назначеннымъ для этой цѣли судомъ, или по передачѣ допроса спеціальному коммиссару, или произведенные лицомъ, назначеннымъ ассессоромъ при судѣ, возмѣщаются въ извѣстномъ размѣрѣ тѣмъ же самымъ образомъ, какъ расходы на преслѣдованіе въ случаѣ тяжкихъ преступленій, т. е. государствомъ [1]).

Вся дѣятельность по сношенію апелляціоннаго суда съ судьей, рѣшавшимъ дѣло, по извѣщенію сторонъ и другихъ лицъ о днѣ слушанія апелляціи или о какомъ-либо промежуточномъ производствѣ по ней, наконецъ, по сообщенію постановленныхъ апелляціоннымъ судомъ рѣшеній лежитъ на регистраторѣ. Законъ

---

[1]) Вознагражденіе за издержки при преслѣдованіи тяжкихъ преступленій впервые предусмотрѣно статутомъ 1752 года, когда тяжкія преступленія были очень распространены. Судъ могъ предписывать уплату издержекъ изъ средствъ казны обвинителю, когда было достигнуто осужденіе, а вскорѣ затѣмъ и въ случаяхъ, когда обвиняемый былъ оправданъ, но преслѣдованіе было надлежаще поставлено. Въ 1763 г. стали возмѣщать обвинителямъ расходы по поѣздкѣ, если судъ находился въ отдаленіи отъ мѣста жительства обвинителя. Возмѣщеніе этихъ расходовъ по акту 7 Geo. 4 c. 64 всецѣло зависитъ отъ усмотрѣнія суда. Поэтому можно, по аналогіи, заключить, что и возмѣщеніе издержекъ при апелляціи также зависитъ отъ усмотрѣнія суда.

Возмѣщеніе издержекъ по вызову и допросу свидѣтелей, по вознагражденію назначенныхъ защитниковъ и экспертовъ было принято безъ особыхъ преній. Значительное колебаніе вызвалъ рѣшенный позднѣе въ положительномъ смыслѣ вопросъ о возмѣщеніи расходовъ по явкѣ самого жалобщика въ апелляціонный судъ. Такъ какъ этотъ судъ является единственнымъ на всю Англію, то расходы по явкѣ туда могутъ быть довольно значительными. Одни, какъ Гревсъ, Келли, указывали, что на это не должно быть расходуемо общественныхъ средствъ; другіе, какъ Поландъ и Когэнъ, указывали, что въ большинствѣ случаевъ обвиняемый не сумѣетъ явиться на собственныя средства, между тѣмъ какъ едва-ли желательно по общему правилу слушать дѣла въ отсутствіе подсудимаго; съ другой стороны, не слѣдуетъ забывать, что на основаніи акта объ уголовныхъ доказательствахъ 1898 г. самъ жалобщикъ можетъ разсматриваться какъ нужный въ судѣ свидѣтель. Подъ вліяніемъ этого вопросъ былъ рѣшенъ въ положительномъ смыслѣ. Начала, по которымъ должно выдаваться вознагражденіе всѣмъ участвующимъ въ процессѣ лицамъ, опредѣляются въ приложеніи.

только общимъ образомъ указываетъ функціи послѣдняго, предоставляя болѣе полное развитіе ихъ внутреннимъ правиламъ суда.

Въ апелляціонномъ производствѣ мы встрѣчаемъ уже отступленія отъ тѣхъ принциповъ суда, которые до сихъ поръ сохранялись въ Англіи въ большой чистотѣ. Такъ, *личное присутствіе подсудимаго на судѣ* уже не является необходимымъ. Въ проектѣ 1906 г. предполагалось даже совершенно не допускать его, если подсудимый находится подъ стражей. Въ Законѣ, однако, обезпечена ему эта возможность личнаго присутствованія при апелляціи, касающейся вопроса о фактѣ, на томъ основаніи, что лишеніе находящагося подъ стражей права присутствія при слушаніи апелляціи давало бы незаслуженную привилегію жалобщику, находящемуся на порукахъ, уменьшало бы равноправіе сторонъ (обвинитель можетъ всегда присутствовать), мѣшало бы выясненію дѣла (порою нужны личныя объясненія подсудимаго) и лишало бы его возможности самостоятельной защиты, такъ какъ ни одинъ британскій подданный не обязанъ прибѣгать къ услугамъ солиситора или адвоката.

Гласность производства также терпитъ нѣкоторыя ограниченія. Правила суда (правило 51), изданныя въ развитіе настоящаго акта, предусматриваютъ возможность для апелляціоннаго суда засѣдать in camera (негласно) по дѣламъ, переданнымъ ему государственнымъ секретаремъ для рѣшенія какого-либо отдѣльнаго вопроса, возбуждаемаго прошеніемъ о помилованіи. Правда, въ этихъ случаяхъ уголовный апелляціонный судъ играетъ болѣе роль эксперта, нежели судьи.

Непосредственность судебнаго производства нарушается правомъ апелляціоннаго суда назначать спеціальнаго коммисара для осмотра мѣстности или для производства какого-либо изслѣдованія на мѣстѣ, если книги, документы или иныя доказательства не могутъ съ удобствомъ быть доставлены въ судъ, и рѣшать дѣло по докладу этого коммисара (см. ниже).

Устность производства терпитъ существенныя ограниченія. Такъ, апелляціонный судъ въ правѣ поручать допросъ свидѣтелей живущихъ въ отдаленіи отъ суда, мѣстнымъ судебнымъ органамъ, барристерамъ или инымъ, назначеннымъ судомъ лицамъ, и рѣшать дѣла по присланнымъ въ судъ письменнымъ показаніямъ этихъ свидѣтелей. До сихъ поръ этотъ порядокъ примѣнялся только по отношенію къ свидѣтелямъ, проживающимъ за границей или въ колоніяхъ.

X.

При разсмотрѣніи апелляціоннаго производства слѣдуетъ особо сказать о тѣхъ средствахъ полученія доказательствъ, которыми обладаетъ уголовный апелляціонный судъ, и о нѣкоторыхъ особенностяхъ доказательственнаго права при апелляціи.

Въ основу апелляціоннаго разсмотрѣнія предполагается положить стенографическій отчетъ о дѣлѣ. Однимъ изъ крупныхъ недостатковъ производства дѣлъ въ судѣ присяжныхъ до послѣдняго времени являлось отсутствіе какого-либо оффиціальнаго протокола о судебномъ слѣдствіи. Замѣтки судьи, понятныя только для него, отмѣчали лишь отдѣльные вопросы и не могли являться публичнымъ документомъ, не подвергаясь совершенно контролю сторонъ. При изслѣдованіи рѣшенныхъ дѣлъ, напр., при представленіяхъ о помилованіи, приходилось прибѣгать къ газетнымъ неточнымъ отчетамъ, и то если они имѣлись. По дѣлу Эдальджи, напр., не сохранилось никакихъ оффиціальныхъ слѣдовъ производства: ни замѣтокъ судьи, ни протокола. По болѣе значительнымъ дѣламъ стороны иногда приводили своихъ стенографовъ, но записи послѣднихъ не имѣли оффиціальнаго значенія. Рядъ выдающихся авторитетовъ указывалъ на необходимость имѣть присяжныхъ стенографовъ въ судѣ, пока, наконецъ, съ введеніемъ апелляціи необходимость эта не стала настоятельной. Ст. 16 новаго закона постановляетъ, чтобы по всякому дѣлу, могущему подлежать апелляціи, производились на государственный счетъ стенографическія записи. Переводъ этихъ записей происходитъ, по указанію регистратора, только тогда, если дѣйствительно принесена апелляція. Правила суда должны установить требованія, необходимыя для обезпеченія точности записей и правильности перевода. Копіи перевода могутъ быть выдаваемы сторонамъ и государственному секретарю. Введеніе стенографіи въ судебное производство, начавшееся нѣсколько лѣтъ тому назадъ по важнѣйшимъ процессамъ на континентѣ [1]), несомнѣнно принесетъ громадную пользу

[1]) Такъ, въ обоихъ Мекленбургахъ ведутся стенографическіе отчеты объ уголовныхъ процессахъ съ присяжными, когда можно ожидать наказанія смертной казнью, чтобы предоставить великому герцогу возможность обстоятельнаго разсмотрѣнія дѣла при помилованіи. Австрійскій уставъ уголовнаго судопроизводства перечисляетъ случаи, когда должны вестись на судѣ оффиціальные стенографическіе отчеты.

и избавитъ апелляціонный судъ отъ ряда случайностей вслѣдствіе возможной неявки свидѣтелей. Въ качествѣ дополненія къ стенографическимъ записямъ служатъ замѣтки и заключеніе судьи по дѣлу, присылаемыя въ апелляціонный судъ (ст. 8). Противъ принятія замѣтокъ судьи дѣлались возраженія на томъ основаніи, что онѣ недопустимы какъ доказательство, ибо судья не можетъ быть вызванъ въ качествѣ свидѣтеля; онѣ могутъ лишь быть употребляемы лицомъ, составившимъ ихъ, для освѣженія своей памяти. Въ существѣ своемъ онѣ также не очень цѣнны, такъ какъ представляютъ „мертвую груду доказательствъ безъ оживляющаго ихъ духа“. Поэтому примѣненіе ихъ ограничено только тѣми случаями, когда апелляція подлежитъ предварительному разрѣшенію апелляціоннаго суда для рѣшенія вопроса о ея допущеніи.

Уголовному апелляціонному суду предоставлены права вызывать къ суду любыхъ свидѣтелей независимо отъ того, фигурировали ли они на судѣ или нѣтъ, въ томъ числѣ мужа или жену жалобщика. Судъ только не можетъ постановить болѣе строгаго приговора на основаніи какого-либо новаго доказательства, небывшаго на разсмотрѣніи перваго суда. Онъ можетъ предписать представленіе любого нужнаго ему документа или иного предмета, связаннаго съ производствомъ.

Кромѣ непосредственнаго вызова свидѣтелей въ судъ, апелляціонный судъ можетъ поручать допросъ отдѣльныхъ свидѣтелей какому-либо своему члену, или чиновнику, или даже всякому другому лицу, назначенному для этой цѣли, въ томъ числѣ мировому судьѣ, и во всѣхъ случаяхъ можетъ допускать къ разсмотрѣнію на судѣ отобранные такимъ путемъ письменныя показанія. Вмѣсто личнаго разсмотрѣнія документовъ, отчетовъ или вмѣсто личнаго осмотра мѣстности или производства научнаго изслѣдованія, онъ можетъ поручать производство ихъ особому коммисару (special commissioner) и рѣшать по докладу послѣдняго. Наконецъ, онъ можетъ приглашать экспертовъ по всякому дѣлу для дѣйствій въ качествѣ ассессора (assessor) суда. Всѣ эти ограниченія непосредственности производства, идущія въ разрѣзъ съ постановленіями доказательственнаго права, вызываются возможною отдаленностью мѣста производства отъ мѣста совершенія преступленія, при которой личная явка свидѣтелей въ судъ или судейскій осмотръ будутъ весьма затруднены.

Согласно акту 1898 г. жалобщикъ можетъ выступать свидѣте-

лемъ по своему дѣлу, если онъ того желаетъ. Но онъ можетъ отказаться отъ свидѣтельствованія въ апелляціонномъ судѣ, хотя бы въ судѣ первой инстанціи онъ и давалъ показанія по своему дѣлу. Если судъ признаетъ то полезнымъ для правосудія, онъ можетъ вызвать по просьбѣ жалобщика его супруга въ *качествѣ свидѣтеля* [1]). Онъ можетъ принимать показанія и отъ свидѣтелей, не подлежащихъ принужденію [2]), если они сами того пожелаютъ.

Въ оцѣнкѣ доказательствъ и въ рѣшеніи вопроса объ ихъ допустимости апелляціонный судъ подчиняется существующему доказательственному праву.

XI.

Въ дополненіе къ законодательнымъ постановленіямъ относительно апелляціи должны быть изданы особыя судебныя правила, которымъ отведена значительная компетенція. Они должны регулировать общимъ образомъ практику и производство по настоящему акту. Ими должны быть опредѣлены мѣры, могущія обезпечить въ случаѣ необходимости засѣданія апелляціоннаго суда во время вакацій, формы, въ которыхъ осужденный при апелляціи можетъ представлять въ письменномъ видѣ свое дѣло и свои аргументы, формы отчета о дѣлѣ, представляемаго судьей, рѣшившимъ дѣло, по какому-либо возникшему въ дѣлѣ вопросу, регистратору апелляціоннаго суда; должны быть опредѣлены порядокъ допроса отдѣльныхъ свидѣтелей внѣ засѣданія апелляціоннаго суда, порядокъ порученія различныхъ разслѣдованій спеціально уполномоченнымъ судомъ лицамъ; должны быть опредѣлены случаи, въ которыхъ содержащійся подъ стражей жалобщикъ можетъ притязать на присутствованіе при разсмотрѣніи апелляціи; долженъ быть установленъ порядокъ передачи директору публичныхъ преслѣдованій всѣхъ документовъ, показаній и

---

[1]) Вопросъ о допустимости показаній супруга или супруги подсудимаго является очень сложнымъ въ англійскомъ правѣ. Въ частности открытымъ остается вопросъ, могутъ ли супругъ или супруга быть принуждаемы къ свидѣтельствованію въ пользу обвиненія безъ ихъ собственнаго согласія, или нѣтъ.

[2]) Таковы, напр., показанія адвоката или врача о свѣдѣніяхъ, сообщенныхъ при отправленіи ими профессіональной обязанности. Спорнымъ является вопросъ, пользуется ли такой защитой отъ принужденія тайна священника относительно сообщеннаго ему на исповѣди, напр., умершимъ

предметовъ, связанныхъ съ судебнымъ производствомъ, какіе могутъ оказаться ему нужными; должны быть выработаны правила охраны показаній, документовъ и другихъ предметовъ и временной выдачи ихъ сторонамъ при принесеніи апелляціи; должны быть выработаны требованія, исполненіе которыхъ необходимо для обезпеченія точности составляемыхъ стенографическихъ записей на судебномъ засѣданіи и правильности ихъ перевода [1]). Кромѣ того, должны быть изданы особыя правила въ согласіи съ актомъ о тюрьмахъ 1898 г., которыми опредѣлялись бы: 1) режимъ содержанія подъ стражей, которому подлежитъ осужденный, принесшій апелляцію, въ случаѣ неосвобожденія его на поруки; 2) способъ, посредствомъ котораго содержащійся подъ стражей жалобщикъ долженъ быть приводимъ въ мѣсто, въ которомъ онъ имѣетъ право присутствовать для цѣлей настоящаго акта или въ которое онъ будетъ приведенъ согласно съ указаніемъ суда; 3) способъ, какимъ онъ долженъ быть охраняемъ во время отлучки изъ тюрьмы для этой цѣли [2]).

Эти правила должны быть выработаны лордомъ главнымъ судьей вмѣстѣ со всѣми или только тремя судьями уголовнаго апелляціоннаго суда, которые предварительно должны выслушать заключеніе особаго комитета, состоящаго изъ предсѣдателя четвертныхъ сессій, назначеннаго государственнымъ секретаремъ, изъ постояннаго помощника государственнаго секретаря по внутреннимъ дѣламъ, директора публичныхъ преслѣдованій, регистратора апелляціоннаго суда, клерка суда присяжныхъ, клерка мирового судьи, по назначенію лорда главнаго судьи, солиситора, назначаемаго предсѣдателемъ юридическаго общества, и барристера, назначаемаго общимъ совѣтомъ адвокатуры. Выработанныя такимъ образомъ правила будутъ подлежать утвержденію лорда канцлера, а поскольку они будутъ касаться начальника тюрьмы или иного лица тюремной администраціи или должностного лица, имѣющаго подъ стражей жалобщика, то также съ утвержденія и государственнаго секретаря. Эти правила обязательны для должностныхъ

---

[1]) Правила эти (Criminal Appeal Rules 1908) выработаны и опубликованы въ мартѣ 1908 г. Въ виду болѣе спеціальнаго интереса, который они представляютъ, авторъ счелъ болѣе соотвѣтственнымъ помѣстить ихъ въ приложеніи, въ качествѣ примѣчаній къ отдѣльнымъ статьямъ акта объ уголовной апелляціи.

[2]) Правила эти изданы государственнымъ секретаремъ 24 февраля 1908 г. (см. въ прилож. прим. къ ст. 14 акта объ апелляціи).

и частныхъ лицъ, имѣющихъ подъ стражей жалобщика или обязанныхъ по настоящему акту какими-либо дѣйствіями. Исполненіе ихъ можетъ быть обезпечиваемо предписаніями уголовнаго апелляціоннаго суда.

Столь широкая передача полномочій по регламентаціи судопроизводства административной и судебной власти со стороны законодательныхъ органовъ является интереснымъ новымъ началомъ въ англійской законодательной дѣятельности. До послѣдняго времени англійскіе статуты почти на три четверти были переполнены постановленіями регламентаціоннаго характера, вызывавшими крайнюю сложность и малую гибкость законодательства. Въ настоящее время законодательные органы стремятся къ тому, чтобы все болѣе и болѣе полномочій предоставлять администраціи. Это объясняется тѣмъ, что дѣятельность послѣдней стоитъ подъ весьма значительнымъ контролемъ парламента и послѣдній имѣетъ всегда возможность повліять на отмѣну нежелательной для него административной мѣры, пользуясь возможностью, которую предоставляетъ ему система парламентаризма. Практика послѣднихъ лѣтъ выработала такое обыкновеніе, что различные административные регламенты за нѣсколько недѣль до ихъ распубликованія „кладутся на столъ предъ парламентомъ“, такъ что каждый членъ палаты можетъ съ ними ознакомиться предварительно, и, если онъ находитъ въ нихъ что-либо противорѣчащее закону или нецѣлесообразное, то можетъ, съ помощью предъявляемаго къ соотвѣтственному министру запроса, обратить вниманіе палаты на это и въ случаѣ разумности критики склонить палату, а, слѣдовательно, и министерство, къ принятію его поправокъ. Но министерство, принимая такія поправки, остается формально свободнымъ въ своихъ дѣйствіяхъ, и потому пользованіе правомъ запроса для контроля за регламентаціонной дѣятельностью администраціи не всегда достигаетъ цѣли. Законъ объ уголовной апелляціи 1907 г. даетъ въ руки палатъ еще болѣе могущественное средство контроля, представляющее любопытный шагъ дальнѣйшаго конституціоннаго развитія. Ст. 18 п. 3 закона постановляетъ: „Каждое выработанное правило суда на основаніи этого акта будетъ внесено въ каждую палату парламента и, если въ представленномъ какою-либо изъ палатъ адресѣ Его Величеству въ теченіе послѣдующихъ тридцати дней послѣ начала ближайшей сессіи парламента, послѣ того какъ такое правило было внесено въ него, будетъ выражена просьба, чтобы это правило было

уничтожено, то Его Величество въ совѣтѣ можетъ уничтожить это правило, и на будущее время оно не будетъ примѣняться, однако, безъ ущерба для дѣйствительности чего либо, сдѣланнаго раньше на основаніи его". Новый способъ представляетъ палатамъ преимущества по сравненію со старымъ. Онъ ставитъ измѣненіе правилъ въ зависимость отъ вотума палаты, необходимаго для выработки адреса, а не отъ высказываемыхъ въ палатѣ мнѣній. Затѣмъ здѣсь въ мягкой формѣ указывается на рѣшающее значеніе этого вотума въ смыслѣ отмѣны нежелаемой парламентомъ мѣры. Этотъ особый порядокъ принятъ въ виду того, что отмѣна какого-либо изъ принятыхъ судебныхъ правилъ властью министра на основаніи запроса была бы неудобна въ виду авторитетности органовъ, вырабатывавшихъ эти правила. Формальная отмѣна этихъ правилъ производится совѣтомъ министровъ [1]).

XII.

Мы разсмотрѣли основныя положенія новаго закона объ уголовной апелляціи и видѣли, что онъ вноситъ нѣкоторыя существенно новыя начала въ англійское уголовное судопроизводство, значеніе которыхъ еще трудно учесть. Ими наносится нѣкоторый ударъ непоколебимости вердикта присяжныхъ въ интересахъ большей защиты невинности. Многіе юристы видятъ въ этомъ установленіе опаснаго начала. „Значеніе этого акта"—пишетъ сэръ Поландъ—„нельзя переоцѣнить, если имѣть въ виду, что право обращаться въ апелляціонный судъ или къ одному судьѣ его предоставляется отъ десяти до одиннадцати тысячамъ лицъ ежегодно. Въ первый разъ судъ, состоящій изъ коронныхъ судей (девяти, семи, пяти или трехъ), будетъ засѣдать для выслушиванія и рѣшенія *вопросовъ факта*, вопроса о томъ, долженъ ли быть человѣкъ повѣшенъ или нѣтъ; въ первый разъ также коронные судьи будутъ засѣдать для рѣшенія вопроса, долженъ ли

---

[1]) То же начало предоставленія болѣе подробной регламентаціи и расширенія дѣйствія закона министерству проводится и новымъ Prevention of crime bill 1908 г. въ ст. 1 (2), но съ тѣмъ различіемъ, что изданныя министерствомъ постановленія съ принятіемъ подобнаго адреса коронѣ теряютъ свою юридическую силу немедленно и безъ пересмотра въ совѣтѣ; такая отмѣна изданныхъ правилъ не препятствуетъ однако составленію новаго проекта ихъ министерствомъ.

человѣкъ быть подвергнутъ тѣлесному наказанію, заключенъ въ каторжную или простую тюрьму или же отпущенъ на свободу; и, можетъ быть, этотъ вопросъ будетъ рѣшенъ большинствомъ двухъ противъ одного, трехъ противъ двухъ или даже пяти противъ четырехъ. Правда, что судьи будутъ рѣшать дѣла, по которымъ присяжные вынесли вердиктъ о виновности. Но этотъ законъ предоставляетъ имъ право подвергать сомнѣнію этотъ вердиктъ и рѣшать тотъ же вопросъ факта не посредствомъ другого жюри, но рѣшеніемъ извѣстнаго числа судей. Позвольте мнѣ привести примѣръ. Человѣкъ признанъ виновнымъ въ убійствѣ и осужденъ. Онъ отрицаетъ свою виновность и желаетъ апеллировать. Сначала онъ обращается къ судьѣ, постановившему приговоръ, но тотъ отказывается выдать ему удостовѣреніе, допускающее апелляцію. Тогда онъ посылаетъ извѣщеніе о внесеніи просьбы относительно разрѣшенія апелляціи въ апелляціонный судъ. Одинъ изъ судей этого суда, послѣ полнаго выслушанія его дѣла, отказывается дать разрѣшеніе. Тогда онъ обращается за такимъ разрѣшеніемъ въ апелляціонный судъ въ законномъ составѣ. Судъ подробно выслушиваетъ его дѣло. Его просьба отвергается, и его казнятъ. Или судъ можетъ дать ему разрѣшеніе, выслушать его апелляцію, и онъ все же будетъ повѣшенъ. Затѣмъ, возьмемъ случай, когда судья, рѣшавшій дѣло, или судья апелляціоннаго суда дали просимое разрѣшеніе, апелляція была выслушана, большинствомъ голосовъ вердиктъ присяжныхъ былъ устраненъ, и человѣкъ оправданъ. Апелляціонный судъ будетъ имѣть предъ собою замѣтки судьи, разбиравшаго дѣло въ первой инстанціи, и его мнѣніе по дѣлу, стенографическій отчетъ о дѣлѣ; онъ имѣетъ право вызвать особо свидѣтеля изъ допрошенныхъ на судѣ и всякаго новаго свидѣтеля, который обнаружится послѣ суда, обвиняемый можетъ самъ выставить себя свидѣтелемъ, и затѣмъ судъ выслушаетъ рѣчи сторонъ объ обстоятельствахъ дѣла. Онъ можетъ даже назначить какое-либо лицо, которое направилось бы въ провинцію и собрало тамъ свидѣтельскія показанія. Онъ можетъ рѣшить всѣ факты дѣла, не выслушавъ ни одного свидѣтеля. Развѣ неправильно сказать на основаніи всего, что *судьи*, какъ таковые, являются вершителями судьбы человѣка и что актъ предоставляетъ имъ слишкомъ много власти? Они по всякому дѣлу могутъ замѣнить вердиктъ о виновности вердиктомъ о невинности по своему усмотрѣнію“. Но не слѣдуетъ думать, какъ можно было бы заключить изъ приведеннаго мнѣнія, что при-

знанное новымъ закономъ право жалобы превратитъ правосудіе въ игру, гдѣ вмѣсто одного будетъ дано два шанса выигрыша. Отъ этого удерживаютъ какъ ограниченія, внесенныя въ текстъ самаго закона, такъ и солидарность отдѣльныхъ судовъ въ Англіи. Суды высшихъ инстанцій необычайно осторожно относятся къ подлежащимъ ихъ пересмотру рѣшеніямъ. Кромѣ того, слѣдуетъ оцѣнивать не абстрактную систему, а систему въ связи съ тѣми лицами, которыя являются ея осуществителями; личность же независимаго и разсудительнаго англійскаго судьи, свято придерживающагося традиціи, служитъ однимъ изъ ручательствъ того, что эта система будетъ примѣняема надлежащимъ образомъ. Такъ, по дѣламъ суммарнаго производства, гдѣ имѣется апелляція въ суды четвертныхъ сессій, ежегодно изъ нѣсколькихъ сотъ тысячъ дѣлъ принимаются одинъ—два десятка апелляцій. Въ 1905 г. было всего 166 случаевъ апелляціи въ суды четвертныхъ сессій на приговоры, постановленные мировыми судьями въ суммарномъ порядкѣ (въ томъ числѣ 74 падаютъ на дѣла о нарушеніи правилъ для моторовъ и о недозволенной продажѣ вина). Изъ нихъ отвергнуты полностью 81 апелляція, въ 30 случаяхъ приговоръ судьи былъ утвержденъ съ нѣкоторыми измѣненіями, и только въ 55—кассированъ. Нужно думать, что осторожность въ кассаціи вердиктовъ присяжныхъ будетъ еще большей [1]). Все это приводитъ къ заключенію, что апелляція въ Англіи въ сущности останется исключительнымъ средствомъ пересмотра, которое не станетъ угрожать общественному довѣрію къ вердиктамъ присяжныхъ. Наоборотъ, намъ думается, она способна укрѣпить вѣру въ нихъ. Теперь, когда рѣшеніе присяжныхъ по вопросамъ факта является безповоротно рѣшающимъ, остается широкое поле для утвержденій о неспособности присяжныхъ справляться съ возложенной на нихъ задачей, о частой ошибочности ихъ сужденій;

---

[1]) Примѣненіе закона объ уголовной апелляціи на практикѣ за первые мѣсяцы показало, что необходимо расширеніе полномочій апелляціоннаго суда и въ частности предоставленіе ему права предписывать новое судебное разбирательство въ судѣ первой инстанціи (grant a new trial), конечно, въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ. Такое право лордъ главный судья признаетъ чрезвычайно важнымъ для интересовъ правосудія, потому что при создавшемся положеніи возможно, что нѣкоторые дѣйствительно виновные жалобщики могутъ остаться безнаказанными вслѣдствіе какихъ-либо неправильныхъ указаній со стороны судьи присяжнымъ, при которыхъ не можетъ быть оставленъ въ силѣ вердиктъ (Times-weekly 1908 г. 23 october p. 681).

при установленіи апелляціи эта дѣятельность присяжныхъ будетъ стоять подъ извѣстнымъ контролемъ апелляціоннаго суда, и потому явится возможность учитывать относительную правильность обвинительныхъ вердиктовъ присяжныхъ, будутъ получены данныя, по которымъ можно будетъ съ извѣстной точностью судить о функціонированіи института присяжныхъ и принимать во вниманіе эти результаты для соотвѣтственныхъ реформъ.

Но эта система, могущая принести свою пользу въ Англіи и предупредить рядъ судебныхъ ошибокъ, была бы опасна на континентѣ, гдѣ отношеніе короннаго и народнаго элементовъ покоится на основаніяхъ отличныхъ, гдѣ оно осложнено мотивами соціальнаго и политическаго характера. Съ другой стороны, континентальное законодательство выработало иныя формы исправленія ошибокъ присяжныхъ, какими являются устраненіе вердикта, кассація и широко поставленное право возобновленія уголовныхъ дѣлъ. Ему не приходится вводить здѣсь апелляціи, а достаточной является инстанція кассаціонная, такъ какъ принципъ, по которому никто не долженъ быть дважды подвергнутъ риску осужденія, на континентѣ никогда не имѣлъ того значенія, какое онъ исторически пріобрѣлъ въ Англіи. Поэтому и увлеченію идеей новаго англійскаго закона, установившаго съ многими, правда, ограниченіями апелляціонный пересмотръ обвинительныхъ приговоровъ присяжныхъ, едва-ли слѣдуетъ поддаваться. Онъ интересенъ какъ новое образованіе въ судебномъ строѣ, онъ важенъ отдѣльными своими частностями, каковы, напр., введеніе стенографическихъ протоколовъ на судѣ, возмѣщеніе издержекъ апелляціи, право увеличенія строгости приговора и пр., но онъ не можетъ представлять образца для заимствованія въ цѣломъ. Слишкомъ отличенъ судъ присяжныхъ континента отъ англійскаго жюри, хотя бы потому, что въ немъ отсутствуетъ предварительное производство предъ большимъ жюри, для того, чтобы признавать коррективы одного дѣйствительными для другого. Но принятіе этого билля показываетъ, что не слѣдуетъ думать, будто институтъ присяжныхъ боится реформъ, вызываемыхъ необходимостью. Правда, потребовалось шестьдесятъ лѣтъ упорной борьбы, потребовавшей около тридцати законопроектовъ, чтобы достичь реформы, но изъ этого слѣдуетъ лишь, что прочно укрѣпившіяся въ странѣ учрежденія требуютъ и значительнаго измѣненія мнѣній для своей реформы, а не гнутся и измѣняются, какъ слабые ростки, подъ вліяніемъ направленія случайныхъ политическихъ вѣяній.

По окончаніи доклада начались пренія.

Г. Б. Сліозберъ полагаетъ, что новый англійскій законъ не даетъ никакихъ основаній къ предположенію о потерѣ судомъ присяжныхъ общественнаго довѣрія, и докладчикъ собственно напрасно удѣлилъ столько вниманія такому предположенію, которое и не должно бы возникать. Вѣдь сущность новаго закона состоитъ въ устраненіи административнаго порядка помилованія невинно-осужденныхъ и въ замѣнѣ его судебнымъ пересмотромъ. Если, поэтому, и можно говорить въ данномъ случаѣ о недовѣріи, то исключительно—къ упомянутому административному порядку помилованія, но не къ суду присяжныхъ. Докладчикъ, повидимому, какъ и нѣмецкіе изслѣдователи, введенъ былъ въ заблужденіе названіемъ новаго закона—„объ апелляціи“, что̀ объясняется отсутствіемъ въ Англіи понятія кассаціи. Въ дѣйствительности, однако, созданная англійскимъ закономъ „апелляція“ не имѣетъ ничего общаго съ апелляціей въ нашемъ смыслѣ, а есть видъ пересмотра дѣла, поставленный въ зависимость отъ усмотрѣнія judex a quo или judex ad quem, и, слѣдовательно,—такой же исключительный, какъ примѣненіе нашей 818 ст. Уст. Гр. Суд. Именно, провѣрка упомянутыми судьями основаній къ „апелляціонному“ пересмотру, съ точки зрѣнія ихъ достаточности, есть типичный кассаціонный моментъ. Общій принципъ—что всякое дѣло разсматривается единожды, остается въ силѣ и въ этомъ—принципіальное отличіе разсматриваемаго закона отъ апелляціи въ нашемъ и вообще — континентальномъ смыслѣ.

Это, слѣдовательно, не право стороны оправдать себя отъ обвиненія, а право суда подвергнуть себя провѣркѣ; при томъ провѣрка касается не фактовъ, разсмотрѣнныхъ въ первой (въ сущности—единственной) инстанціи, а сводится къ провѣркѣ фактовъ, подтверждающихъ непригодность данныхъ судебныхъ доказательствъ. Слѣдовательно, это—не провѣрка по существу доказательствъ, легшихъ въ основу судебнаго рѣшенія, а провѣрка доказательствъ въ пользу негодности данныхъ доказательствъ—опять чисто кассаціонный мотивъ. Во всякомъ случаѣ, если и признать въ новомъ „апелляціонномъ“ судѣ наличность апелляціоннаго элемента въ нашемъ смыслѣ, то въ виду упомянутой зависимости пересмотра отъ усмотрѣнія judex a quo, не можетъ быть рѣчи о высшей апелляціонной инстанціи надъ судомъ присяжныхъ.

Такимъ образомъ, англичане остались вѣрны своему основному принципу, по которому ни одинъ гражданинъ не можетъ быть судимъ дважды своими согражданами за одно и то же дѣяніе. Новый законъ не только не колеблетъ довѣрія къ суду присяжныхъ, а даетъ, напротивъ, новое яркое свидѣтельство безусловнаго довѣрія англичанъ къ своимъ судьямъ. Поэтому и опасенія, чтобы это колебаніе авторитета суда присяжныхъ не перешло къ намъ, лишены всякой почвы и едва ли нуждались въ томъ обстоятельномъ опроверженіи, которому подвергъ ихъ докладчикъ, введенный, повидимому, въ заблужденіе названіемъ новаго закона.

Дай Богъ, чтобы мы еще дошли до такого „недовѣрія“ къ суду присяжныхъ, какое проявилось въ новомъ англійскомъ законѣ.

В. Н. Новиковъ полагаетъ, что нельзя съ достаточной энергіей подчеркнуть опасность новаго закона. Вѣдь каковъ бы ни былъ порядокъ перехода дѣла во вторую инстанцію, основной идеѣ суда присяжныхъ, а именно, что лучшимъ, наиболѣе правильнымъ и справедливымъ судомъ является судъ 12 согражданъ, наносится серьезный ударъ: рѣшеніе присяжныхъ по вопросамъ факта подвергается провѣркѣ и—какой? по протоколамъ и черезъ комиссара. Да и самая идея провѣрки ошибочна: вѣдь приговоры присяжныхъ—не мотивированные: какая же тутъ возможна провѣрка, когда нерѣдко одинъ видъ или интонація свидѣтеля играютъ рѣшающую роль въ вердиктѣ присяжныхъ? Свидѣтели же, которые уже допрошены однажды, теряютъ, какъ то доказали опыты Штерна, въ значительной мѣрѣ свою цѣнность въ качествѣ судебнаго доказательства. По этимъ соображеніямъ нельзя отнестись къ новому закону иначе, какъ отрицательно, хотя онъ и проникнутъ тенденціей благопріятной для обвиняемаго. Онъ имѣетъ международное значеніе, грозя серьезной опасностью авторитету суда присяжныхъ. И если можно быть увѣреннымъ, что англійскій геній, такъ ярко проявившійся, напримѣръ, въ суммарномъ производствѣ, найдетъ на практикѣ выходъ изъ противорѣчащаго вѣковымъ традиціямъ англійскаго суда нововведенія, то можно съ полнымъ основаніемъ опасаться, что на континентѣ, и въ частности у насъ, могутъ быть предприняты попытки воспользоваться этимъ закономъ для нанесенія удара авторитету и значенію суда присяжныхъ. Отчасти съ такими по-

пытками мы уже встрѣчаемся, напримѣръ, въ Германіи, гдѣ противники суда шеффеновъ ссылаются на новый англійскій законъ въ качествѣ аргумента противъ общественнаго суда.

Общество не должно поэтому равнодушно относиться къ новому англійскому закону, какъ оно равнодушно реагировало недавно на ужасный американскій законъ о кастраціи. Необходимо охранить отъ возможныхъ покушеній устои лучшаго изъ выработанныхъ исторіей судовъ — суда присяжныхъ.

Е. М. Кулишеръ указываетъ на особенность англійскаго права, дѣлающую понятнымъ смѣшеніе въ Англіи апелляціи съ кассаціей, именно: въ отличіе отъ континента, вопросъ о доказательствахъ въ Англіи есть вопросъ юридическій. У насъ въ Уст. Гр. Суд. имѣется въ 411 ст. лишь слабый намекъ на теорію доказательствъ, а въ Уст. Уг. Суд. нѣтъ даже и этого. Въ Англіи же доказательственное право получило широкое развитіе, и можно думать поэтому, что дѣятельность новаго суда—поскольку дѣло касается вопросовъ факта—и сведется, главнымъ образомъ, къ такой юридической провѣркѣ доказательствъ съ точки зрѣнія доказательственнаго права. Какъ бы то ни было, однако, въ этомъ законѣ несомнѣнно сказалось излишнее пренебреженіе англичанъ къ теоретическимъ и принципіальнымъ соображеніямъ,—пренебреженіе, нерѣдко приводившее ихъ, подобно мольеровскому герою, къ открытію, что они говорятъ „прозой“... И если вообще практическій геній англичанъ почти всегда указываетъ имъ наиболѣе прямые и вѣрные пути къ правосудію, то въ данномъ случаѣ созданная ими въ новомъ законѣ комбинація апелляціи съ кассаціей представляется неудачной, и едва ли можно сомнѣваться, что практика новаго закона вскорѣ вызоветъ къ жизни серьезныя поправки и измѣненія. Уже ежедневная англійская печать обнаруживаетъ признаки сильнаго недовольства новымъ закономъ. Недовольство это, если оно будетъ расти, приведетъ неизбѣжно къ коренному измѣненію закона и созданію такого способа гарантіи невинности, при которомъ послѣдняя не достигалась бы цѣною колебанія авторитета присяжныхъ. Во всякомъ случаѣ, исторія возникновенія новаго англійскаго закона—тѣ причины, коими онъ вызванъ къ жизни, глубоко-поучительны и служатъ лишнимъ свидѣтельствомъ культурной высоты, достигнутой современной Англіей. Едва ли гдѣ-либо, кромѣ Англіи, фактъ осужденія

двухъ невинныхъ могъ бы взволновать настолько общественную совѣсть, чтобы юристы рѣшились изъ-за двухъ судебныхъ ошибокъ нарушить традиціонное, столь укоренившееся безусловное довѣріе къ суду присяжныхъ. Такой глубокій интересъ общества къ тому, что непосредственно его не касается, есть, по справедливому выраженію одного писателя, признакъ истинной культурности, и онъ-то придаетъ новому закону особый этическій характеръ.

В. Д. Набоковъ указываетъ, что новый законъ объ апелляціи по идеѣ своей чуждъ вообще какой бы то ни было тенденціи къ колебанію авторитета суда присяжныхъ. Основная мысль его лежитъ внѣ этой плоскости и заключается въ созданіи вѣрной гарантіи справедливости для невинно-осужденнаго. Главное для англичанъ (и это проходитъ красной нитью черезъ весь строй ихъ судебныхъ учрежденій)—это справедливый результатъ, способы же полученія такого результата не имѣютъ въ ихъ глазахъ существеннаго значенія. При этомъ интересы личности подсудимаго выступаютъ на первый планъ, и передъ ними далеко отступаетъ интересъ государственный: вотъ почему новый законъ примѣняется лишь къ обвинительнымъ приговорамъ. Задача его весьма ограничена: бороться во имя невинности съ судебными обвинительными приговорами. Опытъ покажетъ, насколько эта новая форма гарантіи правосудія достигаетъ своей цѣли. Если бы, съ одной стороны, апелляціонный судъ оказался заваленъ дѣлами и неосновательными жалобами, а съ другой—въ связи съ этимъ производство приняло бы суммарный характеръ, разсматриваемый институтъ, конечно, не оправдалъ бы своего назначенія. Тогда придумана будетъ другая форма для той же цѣли, ибо основная мысль, разъ она сознана, должна быть осуществлена тѣмъ или инымъ путемъ.

Что касается вопроса о заимствованіи этого института у насъ или вообще на континентѣ, то вопросъ этотъ—совершенно праздный: англійскій строй судоустройства и судопроизводства настолько глубоко отличается отъ континентальнаго, что заимствованіе было бы фактически невозможно. Достаточно указать хотя бы на то, что въ Англіи нѣтъ вовсе судопроизводственнаго кодекса и все зиждется на обычаяхъ. Поэтому то причудливое сочетаніе элементовъ возобновленія, апелляціи

и кассаціи, которое сказалось въ новомъ законѣ, фактически неосуществимо нигдѣ, кромѣ Англіи.

Докладчикъ, отвѣчая на возраженія, замѣчаетъ, что его отношеніе къ новому англійскому закону занимаетъ среднюю позицію между крайними мнѣніями двухъ оппонентовъ: Г. Б. Сліозберга и В. Н. Новикова. Неправильно мнѣніе перваго изъ нихъ, что новый законъ, являясь по существу кассаціоннымъ, не затрагиваетъ вовсе авторитета рѣшеній суда присяжныхъ.

Напротивъ, въ немъ безспорно отражается извѣстное недовѣріе къ вердиктамъ присяжныхъ, хотя и исходящее какъ разъ изъ противоположнаго источника, чѣмъ у насъ: именно, въ то время какъ у насъ это недовѣріе направлено противъ оправдательной тенденціи, въ Англіи, напротивъ, его объектомъ является обвинительная тенденція суда присяжныхъ, къ чему фактическимъ основаніемъ—и достаточно вѣскимъ—служитъ дѣйствительно подавляющее количество обвинительныхъ приговоровъ, именно: 82% изъ общаго числа приговоровъ присяжныхъ. Неправильно мнѣніе того же оппонента и о кассаціонномъ характерѣ пересмотра. Въ дѣйствительности, производство новаго суда сводится отчасти къ постановленію новаго вердикта (слѣдовательно,—къ апелляціи), отчасти къ устраненію вердикта, предусмотрѣнному у насъ въ 818 ст. Уст. Уг. Суд., отчасти, наконецъ, — къ возобновленію дѣла. Но какъ ни смотрѣть на новый законъ объ апелляціи, во всякомъ случаѣ тотъ фактъ, что имъ такъ или иначе инвалидируются рѣшенія присяжныхъ, не можетъ быть разсматриваемъ иначе, какъ проявленіе нѣкотораго недовѣрія къ этимъ рѣшеніямъ—по крайней мѣрѣ, съ точки зрѣнія гарантіи невинности въ этомъ судѣ.

Съ другой стороны, однако, нельзя согласиться и съ противоположнымъ мнѣніемъ В. Н. Новикова о революціонномъ характерѣ закона и заключающейся въ немъ опасности для института присяжныхъ. Оппонентъ, очевидно, слишкомъ увлеченъ отдѣльными принципами института. Между тѣмъ принципъ есть лишь извѣстная презумпція лучшаго достиженія данной цѣли и, какъ презумпція, конечно, сохраняетъ лишь временно свое значеніе, будучи подверженъ общему закону эволюціи. Принципы суда присяжныхъ успѣли уже, на протяженіи развитія института, подвергнуться существеннымъ из-

мѣненіямъ: таковы, напр., право смягченія наказанія, право условнаго осужденія и др. И однако, никто не видѣлъ въ нихъ опасности въ смыслѣ колебанія идеи института.

Гдѣ же основанія для такихъ опасеній въ новомъ англійскомъ законѣ объ апелляціи? Напрасно бить тревогу, рисуя себѣ современное положеніе, какъ идеалъ. Необходимо признать, что институтъ присяжныхъ эволюціонируетъ и при этомъ—отличать самый институтъ отъ формы его, безпрерывно мѣняющейся и приспособляющейся къ новымъ требованіямъ жизни.

Закрывая собраніе, предсѣдатель *В. Д. Набоковъ* выразилъ отъ имени собранія благодарность докладчику за представленный имъ богатый матеріалъ и разностороннее освѣщеніе новаго, еще мало изученнаго института.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

7 февраля 1909 года.

Предметомъ занятій служило:

I. Избраніе дѣйствительныхъ членовъ изъ кандидатовъ, предложенныхъ совѣтомъ.

II. Докладъ дѣйствительнаго члена *В. Д. Набокова:* „Уголовная отвѣтственность агента-провокатора".

Обращаясь къ положенію своего доклада, *В. Д. Набоковъ* сообщилъ слѣдующее:

Уже болѣе трехъ недѣль не сходитъ со столбцовъ періодической печати, такъ называемое, „дѣло Лопухина-Азефа". Люди нашего поколѣнія не запомнятъ подобной исторіи. Она глубоко взволновала общественное мнѣніе не только въ Россіи, но и въ Зап. Европѣ. Въ ней, какъ въ зеркалѣ, отразились всѣ худшія, всѣ мучительнѣйшія черты нашего современнаго политическаго быта. Для нашихъ западныхъ сосѣдей бытъ этотъ является анахронизмомъ, и самая исторія, въ которой главными дѣйствующими лицами являются бывшій директоръ департамента государственной полиціи съ одной стороны, а съ другой—зловѣщая и загадочная фигура террориста-охранника,—кажется имъ какимъ-то пережиткомъ давно минувшихъ столѣтій, чѣмъ-то экзотическимъ и столь же,—увы!—характернымъ для русскихъ политическихъ нравовъ, какъ „Борисъ Годуновъ" Мусоргскаго — для

русской музыки или Малявинскія „Бабы“ для русской живописи. И они правы...

Въ предлагаемой статьѣ я не собираюсь, однако, останавливаться на общественно-политической сторонѣ дѣла, и если буду касаться ея, то лишь постольку, поскольку она имѣетъ отношеніе къ основной темѣ. Дѣло Лопухина-Азефа возбудило или вновь поставило нѣсколько интересныхъ и важныхъ юридическихъ вопросовъ. Одинъ изъ нихъ былъ разсмотрѣнъ въ послѣднемъ номерѣ „Права“: внимательный разборъ показалъ съ полной, думается мнѣ, убѣдительностью, что въ дѣйствіяхъ одного изъ участниковъ драмы—по крайней мѣрѣ, въ томъ видѣ, въ какомъ они обрисованы въ правительственныхъ сообщеніяхъ,—нѣтъ признаковъ преступленія,—что къ нимъ никоимъ образомъ не можетъ быть по существу примѣнена ст. 102 уг. ул., разглашеніе же тайны, если о ней можетъ итти рѣчь, наказуемо лишь тогда, когда виновникомъ является служащій, а этому условію данное лицо не удовлетворяетъ. Другой вопросъ—значительно сложнѣе. Онъ касается уголовной отвѣтственности агента-провокатора. Правительство, мы знаемъ, отрицаетъ провокаторскую роль Азефа, или, по крайней мѣрѣ, завѣряетъ, что ему ничего неизвѣстно объ участіи Азефа въ террористическихъ актахъ; ему извѣстно лишь то, что Азефъ въ теченіе цѣлаго ряда лѣтъ былъ въ самомъ центрѣ террористической организаціи, исполняя въ то же время обязанности агента охраны. Правительство обходитъ естественный при такихъ условіяхъ вопросъ о томъ, возможно ли себѣ представить лицо, много лѣтъ стоящее во главѣ такой террористической организаціи, и въ то же время непричастное къ дѣятельности ея. „Новое Время“, хорошо, повидимому, информированное, не обинуясь утверждало въ самомъ началѣ, лишь только дѣло стало достояніемъ печати,—что Азефъ участвовалъ во всѣхъ важнѣйшихъ террористическихъ актахъ послѣдняго времени. Оно выставило Азефа главнымъ иниціаторомъ и руководителемъ революціоннаго террора и сдѣлало отсюда естественные въ устахъ названной газеты выводы. Но какъ бы то ни было, провокаторъ ли Азефъ, или только предатель, служилъ ли онъ террору или охранѣ, или обоимъ вмѣстѣ,—отъ этого не мѣняется юридическая тема, поднятая его дѣломъ. Послѣдующее изложеніе посвящено этой именно темѣ. Тѣ выводы, которые получатся, уже не трудно будетъ приложить къ данному конкретному случаю, когда окончательно выяснится вся его фактическая сторона.

I.

Вопросъ объ уголовной наказуемости провокаціи долженъ прежде всего быть отдѣленъ отъ вопроса о ея допустимости съ точки зрѣнія политической цѣлесообразности и общественной нравственности. Я считаю необходимымъ сдѣлать эту оговорку потому, что часто встрѣчающееся смѣшеніе обѣихъ точекъ зрѣнія неблагопріятно отражается на правильности и чистотѣ юридическаго анализа. Совершенно неправильно думать, что рѣзко отрицательное отношеніе къ „институту“ агентовъ-провокаторовъ по необходимости приводитъ къ признанію ихъ дѣятельности преступной въ глазахъ уголовнаго закона. Недостаточно, для разрѣшенія основного вопроса, доказывать общественно и политически-вредную сторону провокаціонной дѣятельности. Пусть провокація недопустима,— это еще не значитъ, что она наказума. Но еще важнѣе подчеркнуть обратное положеніе: если точный юридическій анализъ приведетъ къ признанію, что дѣятельность агента-провокатора не подпадаетъ подъ угрозу уголовнаго закона, это еще отнюдь не означаетъ, что съ такой дѣятельностью можно и слѣдуетъ мириться, что она совмѣстима съ задачами и образомъ дѣйствій культурнаго и уважающаго себя правительства. Это важно подчеркнуть для того, чтобы имѣть возможность подойти къ вопросу sine ira et studio, относясь къ нему вполнѣ объективно, не допуская никакихъ натяжекъ ради интересовъ конечнаго результата. Неправильное отношеніе, неправильное признаніе зависимости двухъ разнородныхъ точекъ зрѣнія приводитъ зачастую къ тому, что противники института провокаторовъ, вмѣсто того, чтобы сосредоточить нападеніе на общественно-политической сторонѣ дѣла, всѣми правдами и неправдами стараются подвести провокаторовъ подъ ту или другую статью закона. Какъ мы увидимъ далѣе, поскольку это стремленіе направлено къ искорененію провокаціи путемъ уголовной репрессіи, оно можно остаться безплоднымъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно сообщаетъ догматическимъ сужденіямъ крайне нежелательный характеръ преднамѣренности и предвзятости. Равнымъ образомъ, тѣ писатели, которые приходятъ къ отрицательному результату, при изслѣдованіи вопроса объ уголовной наказуемости агента-провокатора, нерѣдко полагаютъ, что такой выводъ обязываетъ ихъ положительно отнестись къ провокаторству съ точки зрѣнія общественно-политической. Между тѣмъ это совершенно невѣрно.

Конечно, если удастся доказать, что дѣятельность агента-провокатора преступна, что она подпадаетъ подъ ту или другую статью закона уголовнаго, то уже далѣе нѣтъ надобности доказывать недопустимость провокаторства съ какой бы то ни было стороны: правительство не можетъ прибѣгать къ преступнымъ средствамъ,— какія бы оно цѣли ни преслѣдовало. Но именно при такомъ ходѣ разсужденій обѣ стороны будутъ отдѣлены другъ отъ друга и сольются лишь въ конечномъ выводѣ.

Приходится, затѣмъ, сдѣлать еще одну оговорку: и въ предыдущемъ, и въ послѣдующемъ рѣчь идетъ по преимуществу о такъ называемой политической провокаціи. Вполнѣ мыслима и фактически возможна провокація, лишенная всякаго политическаго характера, и къ ней, конечно, должны найти себѣ примѣненіе всѣ тѣ выводы, къ которымъ мы придемъ по отношенію къ провокаціи вообще. Политическая провокація представляется болѣе сложнымъ явленіемъ, притомъ практически болѣе важнымъ, и потому она и должна быть поставлена на первомъ планѣ изслѣдованія.

II.

Въ литературѣ вопросъ нашъ далеко не новъ. Онъ разсматривается и въ необозримой общей литературѣ о соучастіи и о подстрекательствѣ, ему же посвящены и нѣкоторыя спеціальныя монографіи, среди которыхъ на первомъ мѣстѣ можно назвать обстоятельную работу Katzenstein'a, появившуюся въ 1901 г. на страницахъ Zeitschrift Листа, а также книгу профессора берлинскаго университета Heilborn'a, изданную въ томъ же 1901 г., но позднѣе появленія статьи Katzenstein'a. Оба автора приходятъ къ прямо противоположнымъ выводамъ, какъ въ области уголовно-юридической, такъ и въ области общественно-политической. Katzenstein доказываетъ ненаказуемость агента-провокатора, какъ такового, и цѣлесообразность этого института; и то, и другое опровергается Heilborn'омъ. Такое же разногласіе наблюдается и въ общей литературѣ, только мимоходомъ затрагивающей провокаторовъ. Въ нашей литературѣ, наоборотъ, разногласія нѣтъ: и Н. С. Таганцевъ въ своихъ „Лекціяхъ", и г. Урысонъ въ статьяхъ своихъ приходятъ къ однимъ и тѣмъ же выводамъ. Но, какъ ниже будетъ показано, эта гармонія—только кажущаяся и довольно непрочная. Посылки одного изъ авторовъ противорѣчатъ посылкамъ

другого, и если въ выводахъ они совпадаютъ, то лишь потому, что одинъ дѣлаетъ послѣдовательные выводы изъ ошибочныхъ посылокъ (г. Урысонъ), почему и выводы теряютъ цѣну, а другой (Н. С. Таганцевъ), устанавливая правильныя посылки, приходитъ къ выводу не на основаніи этихъ посылокъ, а помощью совершенно произвольной и очевидной натяжки.

Чѣмъ объясняется эта сложность, эта запутанность? Причину слѣдуетъ искать въ той тѣсной связи, которая соединяетъ понятіе агента-провокатора съ понятіями соучастія вообще и подстрекательства въ частности. Всѣ знаютъ, какая масса въ этой области глубокихъ, основныхъ контроверзъ, отражающихся и на ученіи о наказуемости агентовъ-провокаторовъ. И прежде всего не слѣдуетъ терять изъ виду, что указанная связь существуетъ не только въ теоріи, но и въ положительно-правовой области, ибо провокаторство предполагаютъ наказывать не какъ delictum sui generis, а какъ форму подстрекательства. Огромное значеніе имѣетъ потому самая формулировка понятій соучастія и подстрекательства въ уголовномъ кодексѣ. И нѣтъ ни малѣйшей возможности переносить выводы, построенные на основаніи формулировки, даваемой одними кодексами,—въ область другихъ, разъ будетъ признано, что эти формулировки одна съ другой не совпадаютъ.

Итакъ, прежде всего, что такое агентъ-провокаторъ? Мы сейчасъ увидимъ, что разногласія начинаются уже при самомъ опредѣленіи этого понятія въ ученой литературѣ. На обывательскомъ языкѣ терминъ „провокаторъ“ настолько широкъ, что охватываетъ и шпіоновъ, и предателей. Юридическому анализу приходится внести въ эту область больше точности и опредѣленности.

Одинъ изъ старыхъ комментаторовъ уголовнаго кодекса вел. герцогства пассаускаго, Breidenbach [1]), писалъ въ 1844 г.: „Агенты-провокаторы—это тѣ люди, которыхъ подстрекаетъ правительство для того, чтобы искусственно возбудить смуту, желая при этомъ воспользоваться волненіями для совершенія государственнаго переворота или для принятія такихъ мѣръ, которыя не могутъ быть проведены въ мирное время... Утверждаютъ, что такъ было во Франціи, но это еще сомнительно“. Болѣе близкое къ дѣйствительности опредѣленіе давалъ въ 1848 г. Нерр, писавшій, что агенты-провокаторы—это тайные наемники полиціи, поставленные государствомъ для совершенія всякихъ гнусностей и даже престу-

[1]) См. Heilborn, loc. cit., стр. 3 и сл.

пленій. Они направляютъ свою дѣятельность на то, чтобы склонить (подстрекнуть) къ совершенію государственной измѣны или бунтовщическихъ дѣйствій лицъ, которыхъ хотятъ подвергнуть тяжкому наказанію, и такимъ путемъ погубить, — предавая ихъ начальству тогда, когда лица эти попадутся въ сѣти.

Какъ указываетъ Heilborn, это опредѣленіе, такъ рѣзко выдвигавшее политическій элементъ провокаторства, было господствующимъ до конца пятидесятыхъ годовъ. Впервые Glaser раздвинулъ рамки понятія, и данное имъ опредѣленіе охватываетъ всякую провокацію, а не только политическую. Провокаторъ по Claser'у, это тотъ, который подстрекаетъ другого къ совершенію преступленія съ исключительной цѣлью—предать подстрекнутаго въ руки правосудія и наказать его. Это опредѣленіе стало классическимъ. Позднѣйшіе изслѣдователи внесли въ его содержаніе лишь болѣе подробную разработку. Heilborn говоритъ, что агентъ-провокаторъ, тотъ, который умышленно побудилъ (bestimmt) другого къ совершенію преступнаго дѣянія, для того, чтобы подвергнуть его карѣ, но безъ намѣренія нанести матеріальный ущербъ тому правовому благу, которое подверглось нападенію или опасности. Агентъ-провокаторъ не желаетъ матеріальнаго правонарушенія, но оно можетъ наступить противъ его воли. По существу стало быть, это опредѣленіе охватываетъ всѣ виды провокаціи. Любопытно, что въ Konversationslexikon'ѣ Мейера подъ словомъ agents-provocateurs мы читаемъ, что это по большей части лица, служащія тайной полиціи, которыя вкрадываются въ довѣріе политически подозрительныхъ лицъ и побуждаютъ ихъ къ обнаруженію своего образа мыслей и даже къ совершенію преступленій, для того, чтобы предать ихъ правосудію. Несомнѣнно, что для житейскаго обихода это опредѣленіе достаточно, но теоретически оно остается неполнымъ. Оно указываетъ на цѣль провокаціи, но не даетъ никакого отвѣта на вопросъ о намѣреніи провокатора, о направленіи его воли въ отношеніи къ тому дѣянію, къ которому онъ склоняетъ. Между тѣмъ это то и есть центральный, существеннѣйшій пунктъ всего разногласія.

Для болѣе отчетливаго уясненія понятія, его необходимо отграничить отъ сосѣднихъ и родственныхъ понятій. Агентъ-провокаторъ можетъ выработаться изъ шпіона, но не всякій шпіонъ-провокаторъ. Существенная разница въ томъ, что шпіонъ не подстрекаетъ къ совершенію преступленій: онъ наблюдаетъ и доноситъ. Говоря чисто фактически, можно сказать, что шпіонъ

можетъ даже участвовать въ подготовкѣ преступленій, для того, чтобы обмануть бдительность товарищей и предать ихъ въ надлежащій моментъ. Но дѣятельность его во всякомъ случаѣ не находится ни въ какой причинной связи съ преступнымъ результатомъ, ожидавшимся или наступившимъ. А потому не можетъ быть и рѣчи о наказуемости шпіона, пока онъ не выходитъ изъ своей роли.

Здѣсь мнѣ приходится открыть скобку. Какъ извѣстно, правительственное сообщеніе подчеркивало именно шпіонскую роль Азефа, отговариваясь невѣдѣніемъ по поводу провокаторской дѣятельности. Сообщеніе заявляло, что Азефъ принадлежалъ къ преступному сообществу, и это обстоятельство дало П. И. Люблинскому поводъ разсмотрѣть въ газетѣ „Слово“ (№ 687) вопросъ о наказуемости такой принадлежности агента и дѣятельности его въ качествѣ члена такого общества. Г. Люблинскій называетъ такого агента провокаторомъ, и первую ошибку его разсужденій я усматриваю въ этомъ смѣшеніи.

Оно приводитъ и къ другой ошибкѣ: авторъ доказываетъ, что въ случаѣ принадлежности „провокатора“ къ какому-либо изъ сообществъ, предусмотрѣнныхъ ст. 126, уг. ул., безнаказанность его можетъ быть обезпечена ст. 127, которая говоритъ, что „участнику противозаконнаго сообщества, статьями 124 — 126 предусмотрѣннаго, донесшему о таковомъ сообществѣ прежде обнаруженія существованія онаго, наказаніе смягчается на основаніяхъ, ст. 53 установленныхъ, или же онъ можетъ быть вовсе освобожденъ отъ наказанія.“ Въ случаѣ же принадлежности къ сообществу, предусмотрѣнному ст. 102, виновный не можетъ быть освобожденъ по такому основанію, и потому авторъ признаетъ „провокаторство“ въ формѣ принадлежности къ этимъ сообществамъ — безусловно наказуемымъ“. Эти разсужденія были бы правильны, если бы рѣчь шла о такомъ случаѣ, когда участникъ сообщества становится предателемъ и выдаетъ своихъ товарищей. Конструкція уголовнаго уложенія не спасаетъ такого предателя, поскольку рѣчь идетъ о сообществѣ по ст. 102. Но едва ли можно утверждать то же самое о шпіонѣ (котораго, повторяю, авторъ неправильно называетъ провокаторомъ), поскольку, конечно, онъ не принимаетъ участія въ тѣхъ или другихъ преступныхъ актахъ. Шпіонъ „участвуетъ“ въ сообществѣ, но онъ съ самаго начала втирается въ качествѣ лишь мнимаго участника, съ опредѣленнымъ намѣреніемъ—разрушить самое сообщество, бороться съ его

опасной дѣятельностью. „Участіе“ не есть, вѣдь, нѣчто чисто внѣшнее. Надѣваніе на войнѣ непріятельскаго мундира и проникновеніе въ непріятельскій лагерь подвергаетъ лазутчика опасности быть разстрѣляннымъ непріятелемъ, но было бы странно, если бы его на этомъ основаніи стали разстрѣливать свои, — тѣ, кто отправилъ его, и ради кого онъ дѣйствуетъ...

Возвращаюсь къ провокатору. Мы сейчасъ видѣли, чѣмъ онъ отличается отъ шпіона, и гдѣ граница между шпіономъ и предателемъ. Послѣдній самъ по себѣ также не есть провокаторъ, но каждый провокаторъ есть въ то же время будущій предатель.

III.

Понятіе провокатора такимъ образомъ, установлено, и надо выяснить, въ какой мѣрѣ дѣятельность его предусмотрѣна уголовнымъ закономъ. Оказывается, что за однимъ исключеніемъ законодательства не упоминаютъ вовсе expressis verbis о провокаторахъ, и выводы о ихъ наказуемости или ненаказуемости могутъ быть сдѣланы только на основаніи правильной интерпретаціи постановленій о соучастіи и о подстрекательствѣ. То единственное исключеніе, о которомъ упомянуто, содержится въ австрійскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства 23 мая 1873 г., въ § 25. Онъ запрещаетъ, подъ страхомъ строжайшей отвѣтственности, всѣмъ органамъ полиціи безопасности, равно какъ и всѣмъ должностнымъ лицамъ и служащимъ склонять кого-либо къ предпринятію, продолженію или окончанію преступнаго дѣянія, съ цѣлью добыть улики противъ этого лица или изобличить подозрѣваемаго. Это — типичная провокація, но она наказуема не какъ таковая, а только какъ злоупотребленіе властью, въ уголовномъ или дисциплинарномъ порядкѣ.

Подлежать отвѣтственности могутъ только служащіе. Ни въ одномъ другомъ законодательствѣ мы не найдемъ прямыхъ указаній насчетъ агентовъ-провокаторовъ, и для рѣшенія поставленнаго вопроса приходится, какъ сказано, прибѣгать къ толкованію постановленій о соучастіи и подстрекательствѣ. При этомъ достойно вниманія, что нѣкоторыя законодательства умышленно пытаются такъ формулировать эти постановленія, чтобы изъ нихъ явствовала наказуемость агентовъ-провокаторовъ. Примѣры будутъ приведены ниже. Подробнѣе я остановлюсь лишь на нѣмецкомъ правѣ,

наиболѣе въ данномъ направленіи теоретически разработанномъ, и на правѣ русскомъ, практически насъ интересующемъ.

Основное воззрѣніе германскаго уголовнаго уложенія извѣстно: оно различаетъ совиновничество (Mittäterschaft: § 47 герм. угол. улож.) и соучастіе (Theilnahme; § 48 и 49 ibid.), относя къ послѣднему подстрекательство (Anstiftung) и пособничество (Beihilfe). При первой формѣ мы имѣемъ нѣсколькихъ лицъ, сообща выполнившихъ преступное дѣяніе (gemeinschaftliche Ausführung), и каждое изъ нихъ отвѣчаетъ, какъ дѣятель (Thäter), какъ будто-бы онъ самостоятельно выполнилъ весь составъ преступленія. При второй мы имѣемъ лишь участіе въ чужой дѣятельности: подстрекатель (§ 48)—этотъ тотъ, кто умышленно побудилъ другого совершить выполненное имъ умышленное преступное дѣяніе; пособникъ (Gehülfe) тотъ, кто умышленно оказалъ другому поддержку при совершеніи выполненнаго имъ умышленнаго преступнаго дѣянія. Какъ извѣстно, это различіе породило цѣлую литературу, въ которой отчетливо обозначаются три теоріи: субъективная, пытающаяся отличить animus auctoris отъ animus socii и на этомъ отличіи строющая понятіе Mittäterschaft и Theilnahme, объективная, доказывающая, что Mittäter создаетъ причину преступнаго результата, а Theilnehmer—только одно изъ его условій,—и безчисленные виды посредствующей теоріи. На какой бы, однако, изъ этихъ теорій ни остановиться, ясно, что агентъ-провокаторъ можетъ быть разсматриваемъ главнымъ образомъ подъ рубрикой подстрекателя; поскольку онъ принимаетъ участіе въ выполненіи преступнаго дѣянія, онъ является совиновникомъ, но перестаетъ быть провокаторомъ; поскольку онъ оказываетъ содѣйствіе выполненію дѣянія, онъ точно также не провокаторъ въ настоящемъ смыслѣ слова. Возможны, конечно, случаи, когда устраненіе препятствій къ выполненію преступнаго дѣянія имѣетъ цѣлью подвести главнаго виновника подъ угрозу уголовнаго закона, и такой образъ дѣйствія можетъ имѣть чисто-провокаціонный характеръ. Но въ такомъ случаѣ должны быть примѣнены тѣ же правила, какъ при подстрекательствѣ, и самостоятельнаго значенія такая форма не имѣетъ.

Обращаясь къ подстрекателю, мы точно также найдемъ цѣлый калейдескопъ воззрѣній, различно смотрящихъ на связь между нимъ и главнымъ виновнымъ. Здѣсь не мѣсто, конечно, разбираться въ этихъ воззрѣніяхъ. Я коснусь только — и то по воз-

можности кратко—тѣхъ, которыя имѣютъ прямую связь съ вопросомъ о провокаторахъ.

1. Наиболѣе широкій взглядъ проводится тѣми писателями (главнымъ образомъ Löwenheim, Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht), которые, основываясь на „акцессорной природѣ соучастія", признаютъ, что сущность подстрекательства исчерпывается побужденіемъ другого лица къ совершенію преступленія. Результатомъ подстрекательства слѣдуетъ считать возбужденіе въ этомъ лицѣ преступной рѣшимости. Совершеніе этимъ лицомъ преступнаго дѣянія (хотя бы покушенія) есть лишь внѣшнее, объективное условіе наказуемости, не вліяющее на сущность дѣянія подстрекателя. Соотвѣтственно такому пониманію, агентъ-провокаторъ непремѣнно наказуемъ,—при томъ условіи, разумѣется, если совершилось само преступное дѣяніе, или, по крайней мѣрѣ, покушеніе на оное. Совершенно безразлично то обстоятельство, что онъ не желалъ выполненія преступнаго дѣянія, хотѣлъ его предотвратить и даже принималъ для такого предотвращенія тѣ или другія мѣры: § 46 герм. ул., обѣщающій безнаказанность тому, кто своевременно и добровольно откажется отъ осуществленія своего намѣренія или предотвратитъ наступленіе результата,—касается только покушенія,—а подстрекательство окончено (поскольку идетъ рѣчь о дѣятельности подстрекателя) съ того момента, когда возникла преступная рѣшимость у подстрекнутаго, и послѣдующая дѣятельность подстрекателя—безразлична.

2. Совершенно противоположнаго мнѣнія держится рядъ писателей, среди которыхъ особенно подробно высказался Katzenstein, рѣзко полемизирующій съ только что приведеннымъ взглядомъ. Онъ указываетъ, что выполненіе подстрекнутымъ преступнаго дѣянія никоимъ образомъ не можетъ считаться лишь объективнымъ условіемъ наказуемости, а есть признакъ состава наказуемаго подстрекательства. Если бы дѣло обстояло такъ, какъ думаетъ Löwenheim, то, во-первыхъ, самый § 48 былъ бы иначе редактированъ: подобно § 34 тюрингенскаго кодекса, онъ долженъ былъ сказать, что „тотъ, кто возбудитъ другого къ учиненію преступнаго дѣянія, долженъ быть наказанъ, какъ подстрекатель, если преступное дѣяніе будетъ выполнено". Къ этому внѣшнему аргументу присоединяются и другія соображенія по существу. Уголовное законодательство никоимъ образомъ не можетъ считать преступнымъ результатомъ такое явленіе, которое не проявляется

во внѣшнемъ мірѣ, не доступно внѣшнему контролю нашихъ чувствъ; таково именно то „возбужденіе преступной рѣшимости“, о которомъ говоритъ Löwenheim. Если бы дѣйствительно достаточно было такого „возбужденія“, то получилась бы полная фактическая невозможность опредѣлить моментъ оконченнаго подстрекательства.

Равнымъ образомъ и Binding [1]) утверждаетъ, что самое грубое извращеніе понятія о существѣ подстрекательства заключается въ утвержденіи, будто воля подстрекателя направлена только на возбужденіе преступнаго рѣшенія въ другомъ, а не на выполненіе имъ преступнаго дѣянія. Binding напоминаетъ, что современное право видитъ въ подстрекательствѣ не delictum sui generis противъ вѣрнаго закону образа мыслей, но участіе въ чужомъ дѣяніи. Еще рѣшительнѣе выражается Finger [2]): онъ прямо опредѣляетъ подстрекательство какъ причиненіе преступнаго результата посредствомъ умышленной дѣятельности другого лица. Нѣсколько сложнѣе точка зрѣнія Листа [3]). По его мнѣнію, для подстрекательства существенно возбужденіе въ другомъ лицѣ рѣшимости дѣйствовать. Но умыселъ подстрекателя заключается въ сознаніи, что онъ своимъ волепроявленіемъ вызоветъ въ подстрекаемомъ рѣшимость совершить опредѣленное преступное дѣяніе. Поэтому, умыселъ подстрекателя охватываетъ и это дѣяніе, какъ имѣющее быть совершеннымъ.

Изъ изложеннаго ясно, что ни Katzenstein, ни Binding, ни Finger, ни List [4]) не считаютъ возможнымъ говорить объ умыслѣ подстрекателя, когда предполагаемый подстрекатель не желалъ или не допускалъ преступнаго результата.

А такъ какъ въ такомъ именно положеніи находится агентъ-провокаторъ, то, какъ таковой, онъ въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ не можетъ считаться подстрекателемъ. То же самое положеніе остается и въ томъ случаѣ, когда провокаторъ желалъ только покушенія: подстрекательство къ покушенію немыслимо, потому что умыселъ подстрекателя долженъ быть направленъ на выполненіе преступнаго дѣянія.

---

[1]) Loc. cit., S. 170.

[2]) Loc. cit., 344.

[3]) Loc. cit., 223—4.

[4]) Сюда же относится и Frank въ послѣднемъ изданіи своего комментарія, стр. 93.

Отсюда выводъ: агентъ-провокаторъ, какъ таковой, ненаказуемъ.

3. Промежуточную позицію занимаетъ въ нашемъ вопросѣ Heilborn. Я не пытаюсь сколько-нибудь исчерпывающе остановиться на его остроумныхъ и сложныхъ разсужденіяхъ, развитыхъ въ спеціальной монографіи. Приведу лишь существеннѣйшее.

Особенность подстрекательства, по мнѣнію Heilborn'а, заключается въ томъ, что подстрекатель обращается къ сознательной дѣятельности другого лица. Онъ такимъ образомъ приводитъ въ движеніе силу, дѣйствіе которой онъ не можетъ заранѣе съ точностью учесть, хотя можетъ на нее расчитывать. Между дѣятельностью подстрекателя и преступнымъ результатомъ ложится дѣятельность подстрекаемаго, со всѣми ея особенностями, которыхъ не можетъ ни знать, ни предусмотрѣть подстрекавшій. Поэтому, нѣтъ возможности распространить его умыселъ далѣе того момента, когда образовалось преступное рѣшеніе у подстрекаемаго Конечно, подстрекатель долженъ сознавать возможность осуществленія преступнаго результата, но не болѣе: ни прямого, ни даже не прямого умысла по отношенію къ этому результату у него не должно быть. Онъ желаетъ, чтобы подстрекаемый дѣйствовалъ, но не необходимо, чтобы онъ желалъ преступнаго результата. Съ другой стороны, однако, Heilborn требуетъ нѣкотораго внѣшняго конкретнаго признака, свидѣтельствующаго о томъ, что у подстрекаемаго появилась рѣшимость: этимъ Heilborn хочетъ отразить полемику Katzenstein'а противъ Löwenheim'а. Какой же это внѣшній признакъ?—таковымъ Heilborn считаетъ „las Schreiten des angestifteten zur Ausführung“, т. е. тотъ моментъ, когда подстрекаемый „приступаетъ“ къ выполненію преступнаго дѣянія. Для наказуемости подстрекателя, а стало быть, и провокатора,—достаточно, чтобы подстрекаемый совершилъ хотя бы покушеніе.

Но для разрѣшенія основного вопроса необходимо выяснить послѣдствія для подстрекателя въ томъ случаѣ, когда онъ принимаетъ мѣры для предотвращенія результата: это, вѣдь, и есть типическая черта провокатора. По этому поводу Heilborn доказываетъ, что сама по себѣ эта дѣятельность не можетъ сдѣлать провокатора безнаказаннымъ. Онъ приводитъ рядъ ссылокъ на статьи различныхъ кодексовъ (§ 123 баденскаго кодекса 1845 г., § 64 саксонскаго кодекса 1855 г., § 52 тосканскаго кодекса

1856 г., § 53 датскаго кодекса 1866 г. и др.), которые устанавливаютъ безнаказанность подстрекателя только при томъ условіи, если будетъ доказано, что онъ принялъ всѣ мѣры для того, чтобы заставить подстрекнутаго отказаться отъ своего намѣренія. Heilborn считаетъ, что эта же мысль лежитъ въ основѣ постановленій германскаго уголовнаго уложенія, и должна быть всецѣло примѣнена къ рѣшенію вопроса о наказуемости провокатора. „Предотвращеніемъ послѣдствій, говоритъ онъ, не уничтожается вліяніе, оказанное подстрекателемъ на дѣятеля; это вліяніе не лишается своего каузальнаго дѣйствія; связь остается крѣпкой". Для того, чтобы эту связь нарушить, есть только одинъ путь: новымъ воздѣйствіемъ на волю подстрекнутаго парализовать прежнее вліяніе. И нашъ авторъ считаетъ такую постановку правильной и цѣлесообразной [1]). Еслибы подстрекатель самъ собирался выполнить дѣяніе, то онъ имѣлъ возможность остаться безнаказаннымъ, отказавшись отъ своего намѣренія и предотвративъ результатъ. Вмѣсто того, онъ пускаетъ въ ходъ дѣятельность другого лица, т. е. такую силу, надъ которой онъ не властенъ. Ни подстрекатель, ни пособникъ могутъ не знать, когда и гдѣ исполнитель приступитъ къ дѣлу. Послѣдній это знаетъ,—въ его рукахъ лежитъ исходъ дѣла, онъ вполнѣ зависитъ отъ его воли. Подстрекатель же теряетъ возможность располагать этимъ исходомъ. И если, такимъ образомъ, положеніе подстрекателя хуже положенія исполнителя, то онъ имѣетъ, съ другой стороны, то преимущество, что даже если имъ выполнено все что онъ считалъ нужнымъ для приведенія въ исполненіе преступнаго замысла, онъ все же не подвергается наказанію, если подстрекнутый добровольно откажется отъ выполненія преступнаго акта.

Читатель теперь имѣетъ нѣкоторое представленіе о той сложности и запутанности вопроса, на которую вначалѣ было указано. Мы видимъ, что ни о какой communis opinio не можетъ идти рѣчь. Но нужно замѣтить, что преобладающее число нѣмецкихъ криминалистовъ чрезвычайно осторожно относится къ вопросу о наказуемости агентовъ-провокаторовъ, а въ судебной практикѣ послѣднихъ лѣтъ этотъ вопросъ, сколько извѣстно, не возникалъ. Окончательное его рѣшеніе принадлежитъ будущему и должно быть связано съ коренной реформой въ самомъ законѣ, устанавливающемъ понятія совиновничества и соучастія.

---

[1]) Loc. cit., 143.

IV.

Обращаясь къ русскому законодательству, приходится констатировать, что положеніе изслѣдователя значительно легче. Многія изъ контроверзъ, возникшихъ на почвѣ нѣмецкаго уголовнаго уложенія, разрѣшаются у насъ прямымъ текстомъ и смысломъ закона. De lege ferenda можно спорить о правильности и цѣлесообразности этихъ рѣшеній, и здѣсь указанія и выводы нѣмецкой науки могутъ быть чрезвычайно полезны. De lege lata гораздо меньше почвы для спора.

Въ дальнѣйшемъ я буду говорить главнымъ образомъ о системѣ нашего уголовнаго уложенія 1903 г. отчасти потому, что при обсужденіи вопроса о провокаціи преимущественно имѣется въ виду провоцированіе къ тѣмъ преступленіямъ, которыя предусмотрѣны дѣйствующей частью уголовнаго уложенія, отчасти и по той причинѣ, что постановка понятій соучастія и (въ частности) подстрекательства въ дѣйствующемъ уложеніи о наказаніяхъ и въ уголовномъ уложеніи 1903 г. покоится на вполнѣ однородныхъ основаніяхъ, причемъ постановка угол. уложенія отличается большей выработанностью и точностью, облегчая, такимъ образомъ, догматическій разборъ. Спеціально о провокаціи не упоминаютъ ни тотъ, ни другой кодексъ, и потому необходимо и здѣсь обратиться именно къ постановленіямъ о соучастіи и о подстрекательствѣ.

Въ цитированной уже работѣ И. С. Урысона авторъ такъ и дѣлаетъ. При этомъ, однако, имъ допущенъ рядъ недоразумѣній, въ которыхъ прежде всего приходится разобраться, въ виду рѣшительности выводовъ, имъ выставляемыхъ.

Г. Урысонъ, въ противоположность, какъ мы увидимъ, Н. С. Таганцеву, справедливо замѣчаетъ [1]), что „провокаторъ, несомнѣнно, отличается отъ обыкновеннаго подстрекателя тѣмъ, что выполненіе физическимъ виновникомъ самаго преступнаго дѣянія не входитъ въ его, провокатора, намѣреніе“. „Не исключаетъ ли поэтому, такой своеобразный dolus провокатора наказуемости его провокаторской дѣятельности?“ Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, авторъ подвергаетъ разбору содержаніе и существо умысла подстрекателя и соотношеніе между умысломъ подстрекателя и умы-

[1]) loc. cit, стр. 2124.

сломъ физическаго виновника. Можно было ожидать, что въ основу этого разбора будетъ положено русское положительное право, догмы котораго авторъ въ началѣ своей статьи обѣщаетъ строго придерживаться. На самомъ дѣлѣ оказывается, что авторъ дословно пересказываетъ теорію *Löwenheim'a* въ изложеніи *Katzenstein'a* (на статью котораго авторъ, однако, вовсе не ссылается). Здѣсь мы читаемъ и объ „акцессорной природѣ подстрекательства и конструкціи его, какъ соучастіе въ винѣ другого“ [1]), и о томъ, что „подстрекатель не даетъ своей дѣятельностью того толчка, не устанавливаетъ начальнаго звена той причинной цѣпи, которая въ конечномъ счетѣ приводитъ къ преступному дѣянію физическаго виновника“ [2]). „Можно ли простирать его умыселъ на это преступное дѣяніе, т. е. на такое послѣдствіе, по отношенію къ которому дѣятельность его ни въ какой причинной связи не находится?—конечно, нѣтъ“ [3]). Повторяя *Löwenheim'a*, г. Урысонъ заявляетъ, что „преступнымъ послѣдствіемъ подстрекательства слѣдуетъ считать только *возбужденіе преступной рѣшимости въ другомъ*; на этомъ возбужденіи и оканчивается преступная дѣятельность подстрекателя“. Учиненіе преступнаго дѣянія физическимъ виновникомъ—лишь объективное условіе наказуемости подстрекательства, подобно тому, какъ наказуемость недонесенія по ст. 163 уг. ул. обусловлена дѣйствительнымъ учиненіемъ замышленнаго преступнаго дѣянія.

Мы сейчасъ выяснимъ, въ какой мѣрѣ эти разсужденія, спорныя и для нѣмецкаго права, примѣнимы къ праву русскому. Прежде всего, уже одна ссылка на недонесеніе указываетъ на коренную ошибку г. Урысона. Именно эта ссылка свидѣтельствуетъ о томъ, что авторъ игнорируетъ теоретическіе принципы, которые положены авторами уголовнаго уложенія въ основу понятія соучастія. Но онъ не только ихъ игнорируетъ, онъ прямо-таки ихъ извращаетъ. Только такимъ извращеніемъ можно объяснить слѣдующій пассусъ въ разсужденіяхъ г. Урысона:

„Что уголовно наказуемымъ послѣдствіемъ подстрекательства будетъ единственно только возбужденіе преступной воли и ничего болѣе, видно уже изъ самаго буквальнаго текста ч. 4 ст. 13 улож. о нак. и ст. 51 угол. улож. Первая изъ нихъ говоритъ, что под-

---

[1]) Ср. *Katzenstein*, 399.
[2]) Ср. *Katzenstein*, ibid.
[3]) Ср. *Katzenstein*, ibid.

стрекателемъ будетъ тотъ, кто, *не участвуя самъ въ совершеніи преступленія* (курсивъ автора), употребляетъ просьбы и т. д., дабы *склонить* къ оному другихъ. Другими словами, подстрекатель—это склонившій другого къ совершенію преступленія, а подстрекательство—это дѣяніе, посредствомъ котораго подстрекатель вызываетъ въ другомъ преступную рѣшимость. *Точно такъ же смотритъ на это и ст. 51 угол. улож.*". Авторъ хорошо дѣлаетъ, что не цитируетъ ст. 51. Этой цитаты было бы совершенно достаточно для обнаруженія явной несостоятельности его конструкціи, явнаго противорѣчія ея тексту закона. Но и цитата изъ ст. 13 улож. о нак. говоритъ вовсе не то, что хотѣлось бы г. Урысону. Подстрекатель и по уложенію о наказаніяхъ есть одно изъ нѣсколькихъ лицъ, учинившихъ преступленіе по предварительному ихъ на то согласію. И по уложенію о нак. предполагается причинная связь между дѣятельностью подстрекателя и преступнымъ результатомъ, связь, создаваемая путемъ воздѣйствія воли подстрекателя на волю подстрекнутаго. И по уложенію о наказаніяхъ, преступный результатъ долженъ быть вмѣненъ подстрекателю въ умышленную вину. Подчеркнутыя г. Урысономъ слова о „неучастіи" подстрекателя въ совершеніи преступленія—какъ давно извѣстно—просто редакціонный промахъ: какъ указываетъ Н. С. Таганцевъ, если подстрекнувшій, сверхъ сего, оказалъ какое-либо содѣйствіе, напр., доставилъ оружіе, онъ долженъ быть наказанъ все-таки какъ подстрекатель, а не какъ пособникъ. И съ точки зрѣнія уложенія о нак. подстрекатель г. Урысона—фантастическое лицо.

Но еще очевиднѣе ошибка, поскольку рѣчь идетъ о новомъ уложеніи. Въ основу его конструкціи положена теорія, разработанная Н. С. Таганцевымъ. Согласно этой теоріи, основнымъ моментомъ соучастія является *соглашеніе*, создающее солидарную отвѣтственность за результатъ. Ст. 51 уг. ул. гласитъ: „Въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, согласившимися на его совершеніе или дѣйствовавшими завѣдомо сообща, *соучастниками* признаются тѣ, которые... 2) подстрекнули другого къ соучастію въ преступномъ дѣяніи". Какъ указываетъ объясн. записка, слова „дѣйствовавшими завѣдомо сообща" имѣютъ въ виду такъ наз. скопъ, совиновничество во время самаго дѣйствія; здѣсь, стало быть, понятіе подстрекательства неприложимо. Слова же „согласившимися на его совершеніе" имѣютъ въ виду соучастіе по предварительному сговору: подстрекатель—одинъ изъ

такихъ соучастниковъ. Соглашеніе, лежащее въ основаніи соучастія, создаетъ, по выраженію об. зап., общность вины. Соглашеніе, говорятъ составители уложенія, въ смыслѣ сознательнаго участія въ общей дѣятельности, по самой природѣ своей предполагаетъ не только умышленность дѣйствія со стороны всѣхъ соучастниковъ, но и *единство намѣренія*, безотносительно, конечно, къ побужденіямъ и цѣлямъ. Въ частности, по отношенію къ подстрекателю, составители говорятъ: „для бытія подстрекательства необходимо, чтобы подстрекатель дѣйствовалъ умышленно, т. е. или желая того, что было выполнено подстрекнутымъ, или, по общему правилу, допуская то, что произошло изъ дѣйствій подстрекнутаго". Таковы ipsissima verba составителей, прямо отразившіяся на формулировкѣ закона, и нѣсколько странное впечатлѣніе производитъ противопоставленіе этимъ словамъ категорическаго утвержденія г. Урысона, будто „то обстоятельство, что у провокатора по большей части не будетъ умысла, направленнаго на преступное дѣяніе физическаго виновника,—не имѣетъ никакого значенія для квалификаціи его дѣянія, какъ подстрекательства". Наоборотъ: не подлежитъ никакому сомнѣнію, что при такомъ отсутствіи умысла вовсе не можетъ быть рѣчи о подстрекателѣ,—его не существуетъ.

На этомъ мы можемъ покончить съ разсужденіями г. Урысона. Гораздо интереснѣе выяснить взглядъ Н. С. Таганцева, котораго нельзя, конечно, заподозрить въ непониманіи или извращеніи доктрины уголовнаго уложенія, и который, однако, тоже приходитъ къ выводу о наказуемости провокаторства.

Понятіе о соучастіи, говоритъ *Таганцевъ* [1]), предполагаетъ такую совмѣстную дѣятельность, при которой видоизмѣняются общія правила о стеченіи виновныхъ въ томъ отношеніи, что признается причинная связь, а посему и отвѣтственность за дѣяніе въ полномъ объемѣ и въ томъ случаѣ, когда самостоятельный характеръ присоединившейся силы, по общимъ правиламъ, долженъ былъ бы прервать причинную связь,—въ силу чего расширяется группа лицъ, вполнѣ и солидарно отвѣтственныхъ за совмѣстно воспроизведенный результатъ; такова именно отвѣтственность подстрекателя, пособника и т. д. Такая солидарная отвѣтственность предполагаетъ, что каждый изъ соучастниковъ стоитъ объективно въ извѣстномъ причинномъ отношеніи къ со-

[1]) loc. cit., 738.

бытію. Именно *соглашеніе* является привходящимъ элементомъ, устраняющимъ прекращеніе причинной связи. Оно же создаетъ и единство намѣренія, направленнаго на выполненіе преступнаго дѣянія. Подстрекатель [1]) отвѣчаетъ не за мысли, желанія, а за преступную дѣятельность, въ которую онъ вложился опредѣленнымъ способомъ; подстрекательство есть только особый видъ причиненія. Подстрекатель [2]) долженъ дѣйствовать не только умышленно, но и съ опредѣленнымъ оттѣнкомъ умысла—выполнить задуманное посредствомъ другого лица или при участіи этого лица; умыселъ подстрекателя направляется къ учиненію преступнаго дѣянія. Такъ какъ [3]) подстрекатель выполняетъ дѣянія чрезъ другого, то для него центральнымъ пунктомъ является учиненное исполнителемъ. Въ подстрекательствѣ прежде всего нельзя видѣть отдѣльнаго самостоятельнаго преступленія, осуществляемаго актомъ склоненія. Этимъ моментомъ оканчивается роль подстрекателя въ соучастіи, но вовсе не опредѣляется существо его дѣятельности, направленной къ осуществленію подговора, т. е. къ совершенію преступленія.

Я здѣсь не собираюсь критиковать эту доктрину, которой, во всякомъ случаѣ, нельзя отказать въ единствѣ, стройности и логичности. Для цѣлей моего очерка достаточно констатировать, что это и есть доктрина уголовнаго уложенія. Отсюда и должны быть сдѣланы выводы по отношенію къ отвѣтственности провокатора. Вотъ какъ рѣшается вопросъ Н. С. Таганцевымъ: въ дѣятельности провокатора совмѣщаются всѣ существенныя условія подстрекательства: онъ сознавалъ, что онъ подговариваетъ другое лицо, онъ сознавалъ, что онъ подговариваетъ къ преступному дѣянію, онъ сознавалъ, что послѣдствіемъ его подговора будетъ или, по крайней мѣрѣ, можетъ быть преступная дѣятельность вовлеченнаго. Мало того, онъ не только сознавалъ послѣднее условіе, но и желалъ его наступленія, а съ тѣмъ вмѣстѣ желалъ (здѣсь очевидно пропущены слова: *учиненія преступнаго дѣянія)* или, по крайней мѣрѣ, безразлично относился къ таковому. Но если бы дѣло обстояло такъ, то не о чемъ было бы и спорить. Затрудненія возникаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда провокаторъ не желаетъ и не допускаетъ преступнаго результата,

---

[1]) Ibid., 764.
[2]) Ibid., 767.
[3]) Ibid., 777.

когда онъ знаетъ, что этотъ результатъ будетъ предотвращенъ, когда ему желательно только создать такую обстановку, при которой намѣченная жертва попала бы въ руки власти. Самъ Таганцевъ, повидимому, сознаетъ допускаемую имъ натяжку, и потому употребляетъ выраженіе „преступная дѣятельность вовлеченнаго". Но подстрекательство предполагаетъ не „преступную дѣятельность" вообще, а опредѣленное преступное дѣяніе. И вся контроверза о провокаторѣ вытекаетъ изъ предположенія, что воля его не направлена на осуществленіе этого преступнаго дѣянія. Мы, такимъ образомъ, приходимъ къ выводу, что провокаторъ, желавшій выполненія оконченнаго преступнаго дѣянія или сознательно его допускающій, наказуемъ какъ подстрекатель: это несомнѣнно, и въ этомъ отношеніи доктрина уже давно разъяснила, что такой провокаторъ-подстрекатель не можетъ сослаться ни на одно изъ обстоятельствъ, устраняющихъ наказуемость. Но, съ другой стороны, не надо забывать, что такой провокаторъ-подстрекатель всегда имѣетъ возможность разсчитывать на безнаказанность посредствомъ осуществленія условій, указанныхъ въ послѣдней части ст. 51: отказа отъ участія и своевременнаго принятія всѣхъ зависѣвшихъ отъ него мѣръ для предотвращенія преступнаго дѣянія. Наше уголовное уложеніе не даетъ при этомъ рѣшительно никакихъ основаній для принятія вышеизложеннаго взгляда Heilborn'a: оно совершенно не требуетъ отъ подстрекателя, чтобы онъ постарался воздѣйствовать на волю подстрекнутаго въ обратномъ направленіи. Всякая форма предотвращенія, въ томъ числѣ и простой доносъ, идутъ ему на плюсъ.

Съ другой стороны, агентъ-провокаторъ, дѣйствительно полагавшій предотвратить преступное дѣяніе, къ совершенію котораго онъ склонилъ другое лицо, но совершеніе котораго онъ не допускалъ, не можетъ быть наказанъ по уголовному уложенію какъ подстрекатель, хотя бы преступленіе и было совершено. Онъ можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ отвѣчать за delictum sui generis, когда провокація произошла въ формѣ, запрещенной уголовнымъ закономъ, напримѣръ, по ст. 129 уг. ул. Можно привести здѣсь любопытный случай такой провокаціи, цитируемый Katzenstein'омъ. Въ 1880 г. въ Парижѣ былъ основанъ органъ „La révolution sociale"—первый по времени анархистскій органъ во Франціи. Необходимыя средства были даны полицейскимъ агентомъ, который представился въ качествѣ восторжен-

наго товарища въ „святомъ дѣлѣ“. Онъ, какъ оказывается, дѣйствовалъ по порученію полицейскаго префекта Andrieux, который впослѣдствіи объяснялъ свой образъ дѣйствій тѣмъ, что онъ только такимъ путемъ могъ раскрыть анархистскія преступленія, такъ какъ никакія тайны не будутъ скрыты отъ того, кто даетъ деньги. „Révolution sociale“ почти въ каждомъ номерѣ возбуждала къ учиненію преступленій и давала подробные рецепты для изготовленія и примѣненія взрывчатыхъ веществъ.

Вспоминая недавно облетѣвшую всѣ газеты исторію съ марксистскимъ журналомъ, основаннымъ на средства департамента полиціи, приходится сказать: ничто не ново подъ луною!..

Равнымъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда провокація выражается въ провозѣ, такъ называемой, „нелегальной литературы“, въ снабженіи ею, въ изготовленіи и доставленіи взрывчатыхъ средствъ и т. п., виновные должны отвѣчать по соотвѣтствующимъ статьямъ уголовнаго закона, *они* никакимъ образомъ не могутъ быть освобождены отъ наказанія на томъ основаніи, что дѣятельность ихъ направлена была на поимку того или другого преступника. И, если въ роли такихъ провокаторовъ выступаютъ должностныя лица, вообще служащіе, то трудно представить себѣ большее извращеніе понятій о служебныхъ правахъ и обязанностяхъ, болѣе грубое нарушеніе служебнаго долга.

Наконецъ, во всѣхъ случаяхъ, когда законъ предусматриваетъ и караетъ *подговоръ* къ преступному дѣянію, провокаторъ долженъ отвѣчать за провокаторскую дѣятельность, выразившуюся въ такомъ подговорѣ. Въ видѣ примѣровъ можно привести ст. 102, говорящую въ послѣдней части о подговорѣ составить сообщество для учиненія тяжкаго преступленія, статьями 99 и 100 предусмотрѣннаго, ст. 121—123, говорящія о подговорахъ къ скопищамъ и т. п. Здѣсь провокаторъ не можетъ ссылаться на конечную свою цѣль, ибо законъ здѣсь смотритъ на подговоръ не какъ на форму соучастія, а именно какъ на delictum sui generis, по отношенію къ которому могутъ имѣть значеніе только общія основанія невмѣненія: принадлежность къ агентамъ-провокаторамъ среди таковыхъ непредусмотрѣна. Промежуточными случаями слѣдуетъ признать тѣ, когда провокаторъ склонялъ къ преступленію, предвидя возможность его совершенія, но по терминологіи уголовнаго уложенія, легкомысленно полагая предотвратить преступный результатъ. Такъ какъ система уголовнаго уложенія не допускаетъ неосторожнаго соучастія, то и о неосторожномъ

подстрекательствѣ не можетъ быть и рѣчи. Поэтому такой провокаторъ, въ случаѣ наступленія преступнаго результата, можетъ отвѣчать лишь за такъ наз., luxuria, за преступную самонадѣянность, тогда какъ физическій виновникъ будетъ отвѣчать за умышленную вину.

Для полноты догматическаго анализа необходимо остановиться еще на вопросѣ объ отвѣтственности провокатора въ томъ случаѣ, если въ его намѣреніе входило лишь учиненіе исполнителемъ покушенія. Нужно замѣтить, что самая постановка такого вопроса, вызвавшаго большой споръ въ нѣмецкой литературѣ, возможна въ нашемъ правѣ только въ примѣненіи къ дѣйствующему уложенію о наказаніяхъ. Дѣло въ томъ, что новое уголовное уложеніе даетъ такое опредѣленіе покушенія, при которомъ элементомъ его состава является недовершеніе „по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему". Поэтому, невозможно себѣ представить, чтобы умыселъ виновнаго былъ направленъ именно на покушеніе, ибо въ такомъ случаѣ оказалось бы, что этотъ умыселъ охватываетъ такія обстоятельства, которыя отъ воли виновнаго не зависятъ. По системѣ уголовнаго уложенія, умыселъ можетъ быть направленъ только на приготовленіе, или на оконченное дѣяніе. Привходящее обстоятельство, отъ воли виновнаго не зависѣвшее, прерываетъ осуществленіе умысла до конца и создаетъ наказуемое покушеніе, при наличности прочихъ объективныхъ признаковъ, свидѣтельствующихъ о томъ, что виновный *началъ приводить* въ *исполненіе* преступное дѣяніе. Поэтому, по самому существу понятія покушенія, какъ оно опредѣлено въ уложеніи, „подстрекательство къ покушенію" юридическѣ невозможно, это есть contradictio in adjecto. Можно только сказать, что если подстрекатель желалъ начала приведенія въ исполненіе преступнаго дѣянія, то онъ подлежитъ отвѣтственности, поскольку содѣянное является преступнымъ и въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ его намѣреніе совпадаетъ съ намѣреніемъ исполнителя. Такимъ образомъ, если провокаторъ подстрекалъ къ нанесенію побоевъ, а исполнитель, нанося эти побои, имѣлъ въ виду причинить смерть, которая и произошла, то подстрекатель долженъ отвѣчать только за побои, а не за результатъ.

Приблизительно такъ же рѣшается вопросъ съ точки зрѣнія уложенія о наказаніяхъ, текстъ котораго, во всякомъ случаѣ, не исключаетъ возможности подстрекательства къ покушенію. Н. С. Таганцевъ полагаетъ, что „если бы и встрѣтились такіе случаи,

когда кто-либо подстрекалъ другого только къ покушенію и подстрекнутый совершилъ только таковое, то и подстрекатель отвѣчаетъ за покушеніе, а если подстрекнутый пошелъ далѣе и перешелъ предѣлы подговора, то къ отвѣтственности подстрекателя примѣняются общія правила объ эксцессахъ исполнителя“ [1]).

V.

Догматическій нашъ анализъ законченъ. Мы видѣли, что утвердительное рѣшеніе вопроса объ уголовной отвѣтственности агента-провокатора возможно лишь съ извѣстными оговорками, и что даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ является настоящимъ подстрекателемъ, въ техническомъ смыслѣ слова, послѣдняя часть ст. 51 предлагаетъ ему золотой мостъ къ безнаказанности. Намъ остается показать, что правильно оцѣненные результаты этого разбора не только не колеблютъ, но усиливаютъ то отрицательное отношеніе къ провокаціи, которое видитъ въ ней не только огромное нравственное зло, но институтъ, совершенно нетерпимый и недопустимый въ культурномъ правовомъ государствѣ.

Въ самомъ дѣлѣ: мы видѣли, что провокаторство отдѣляется отъ уголовно-наказуемаго подстрекательства однимъ признакомъ—направленіемъ воли, т. е. внутреннимъ отношеніемъ подстрекавшаго къ преступному результату. Въ обыкновенныхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о подстрекателѣ и о совершенномъ подстрекнутымъ преступномъ дѣяніи, вопросъ объ этомъ направленіи воли разрѣшается судомъ, причемъ подстрекателю, сознательно склонявшему другого къ совершенію преступленія, предстоитъ трудная задача—доказать, что осуществленіе преступнаго дѣянія не входило въ его намѣреніе. Но, обращаясь къ услугамъ политическихъ провокаторовъ, власть какъ бы заранѣе отказывается задавать этотъ вопросъ. Она какъ бы ставитъ свой бланкъ на будущія дѣянія провокатора. Она заключаетъ съ нимъ оборонительно-наступательный союзъ, въ результатѣ котораго онъ оказывается по отношенію къ судебной власти какъ бы внѣ предѣловъ досягаемости. Вся чудовищность такого положенія становится ясной, если представить себѣ, что намѣренія могутъ

[1]) Loc. cit., 768. Н. С. Таганцевъ, повидимому, относитъ свое сужденіе и къ уголовному уложенію, но здѣсь терминологія его какъ мы видѣли, неправильна.

мѣняться, что агентъ-провокаторъ въ любую минуту можетъ передумать и дать совершиться преступному дѣянію.

Агентъ-провокаторъ (назовемъ его А.) сегодня, 15 февраля, провоцируетъ Б. къ террористическому акту, намѣреваясь его своевременно предотвратить. Актъ этотъ долженъ совершиться завтра. Б. согласился. Завтра утромъ долженъ быть сдѣланъ доносъ и устроенъ „провалъ“. Проходитъ день, ночь. И вотъ за это время въ намѣреніяхъ А. происходитъ переворотъ. Руководимый тѣмъ или другимъ мотивомъ, онъ даетъ совершиться убійству. Не нужно привлекать на помощь ученіе о dolus subsequens для того, чтобы въ такомъ случаѣ признать его виновность. Кто разберется въ этихъ оттѣнкахъ? Судъ? Но можно ли себѣ представить, что та самая власть, которая рѣшила воспользоваться услугами провокатора, провѣритъ его профессіональную „добросовѣстность“ путемъ судебнаго изслѣдованія? Очевидно, она первая заинтересована въ сокрытіи своего участія въ фактѣ провокаціи: есть связи, въ которыхъ coram publico признаваться совѣстно...

Но и помимо такихъ „осложненій“, самое обращеніе къ провокаціи не можетъ не свидѣтельствовать о томъ, что для власти правоохраненные интересы частныхъ лицъ и общества являются предметомъ азартной игры, и притомъ съ участіемъ шулеровъ и лицъ, ведущихъ или способныхъ вести двойную игру. Удастся игра—хорошо, не удастся—на счетъ прибылей и убытковъ приходится относить погибшія жизни, истребленныя имущества, мирясь съ неизбѣжностью извѣстныхъ потерь. Но такое примиреніе возможно только при полномъ паденіи уровня нравственныхъ требованій, которымъ должна удовлетворять всякая культурная уважающая себя и достойная уваженія власть. Нельзя, далѣе, упускать изъ виду оцѣнку провокаціи не съ точки зрѣнія ея уголовной наказуемости, а съ точки зрѣнія противоправности—Rechtswidrigkeit, по нѣмецкому выраженію,—дѣйствій провокатора. Пусть провокаторъ не всегда наказуемъ: все же въ дѣйствіяхъ его этотъ элементъ противоправности объективно существуетъ. Провокаторъ можетъ не желать преступленія, но онъ всегда желаетъ создать рѣшившагося на преступленія. Съ внѣшней стороны, какъ мы уже видѣли, его дѣятельность ничѣмъ не отличается отъ дѣятельности подстрекателя. Правда, современное уголовное право не смотритъ, по общему правилу, на подстрекательство какъ на delictum sui generis. Но оно, конечно, признаетъ, что подстрекательство къ преступленію есть дѣятельность, по са-

мому характеру своему враждебная праву, опасная для общественнаго блага. И потому, пользуясь провокаторами, власть подрываетъ тѣ самые устои, на которыхъ она зиждется. Она тѣмъ самымъ показываетъ, что для нея требованія права, его велѣнія не суть нѣчто an und für sich нерушимое и священное,—она первая подаетъ примѣръ неуваженія къ нимъ, торгашескаго взвѣшиванія интересовъ, жертвованія одними для вящшаго сохраненія другихъ. Пользованіе услугами провокаторовъ есть грубое извращеніе существа полицейско-предупредительной дѣятельности; связанное неизбѣжно съ такимъ пользованіемъ, обѣщаніе безнаказанности— напередъ обезпеченный отказъ отъ привлеченія провокатора къ уголовной отвѣтственности — есть не что иное, какъ преступное злоупотребленіе властью.

Еще одного послѣдствія существованія провокаціи не слѣдуетъ забывать. Рекрутируемые изъ нравственныхъ подонковъ общества, съ атрофированной совѣстью, провокаторы прежде всего и естественно смотрятъ на свои обязанности съ точки зрѣнія тѣхъ личныхъ выгодъ матеріальнаго характера, которыя они могутъ получить. Чѣмъ шире такой провокаторъ разовьетъ свою дѣятельность, другими словами — чѣмъ большее число жертвъ попадется въ его сѣти, тѣмъ болѣе растетъ его значеніе, прибавляется его вѣсъ въ глазахъ его довѣрителей. И постепенно всѣ помыслы его поневолѣ должны сосредоточиваться на созданіи такихъ жертвъ. Получается нѣчто самодовлѣющее, какая-то дьявольская машина, созидающая зло для его истребленія, всѣмъ своимъ существованіемъ связанная съ этимъ зломъ, имъ питаемая, а потому — его питающая. Получается тотъ воистину порочный кругъ, изъ котораго невозможно выйти.

Послѣ всего сказаннаго нельзя не отнестись иначе, какъ съ самымъ рѣшительнымъ отрицаніемъ, къ тѣмъ попыткамъ реабилитировать институтъ агентовъ-провокаторовъ, которыя за послѣднее время были сдѣланы.

Такъ, Katzenstein говоритъ [1]): „Мы не должны забывать одно: пусть агенты-провокаторы дѣйствуютъ иногда и подъ вліяніемъ низменныхъ мотивовъ, все же они дѣйствуютъ по уполномочію государства (!), въ интересахъ правопорядка, и часто съ опасностью для собственной жизни:—достаточно вспомнить о тѣхъ агентахъ которые вкрадываются въ довѣріе къ анархистамъ, для того,

[1]) loc. cit. 389.

чтобы разрушить ихъ дьявольскіе планы. Неужели же въ самомъ дѣлѣ было бы справедливо тащить этихъ агентовъ, подобно обыкновеннымъ преступникамъ, на скамью подсудимыхъ? Никогда!“

Аналогично разсуждаетъ и Kohler [1]): „Я не хочу защищать полицейскія мѣропріятія, при которыхъ пользуются агентами-провокаторами: однако, несомнѣнно, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ нельзя обойтись безъ агента-провокатора. Чѣмъ искуснѣе и обдуманнѣе становится преступность, чѣмъ болѣе она окружаетъ себя всѣми техническими пособіями, чтобы, съ одной стороны, обезпечить себѣ успѣхъ, а, съ другой, — охранить себя отъ раскрытія, тѣмъ болѣе мнѣ представляется естественнымъ, что государство пользуется всякимъ испытаннымъ средствомъ для того, чтобы помѣшать дѣлу тьмы, и къ этимъ средствамъ относится пользованіе агентами-провокаторами: безъ детективовъ и агентовъ-провокаторовъ, по моему мнѣнію, современное общество не можетъ существовать. Неужто государство должно лицезрѣть, какъ шайка фальшивыхъ монетчиковъ или банда убійцъ спокойно дѣйствуетъ, когда оно имѣетъ возможность, посредствомъ подсылки искуснаго агента съ провокаторскими полномочіями, напасть на слѣдъ дѣла“?

Наконецъ, и Dopffel ссылается на то, что угрожающая опасность разрѣшаетъ примѣненіе исключительныхъ средствъ.

Въ разсужденіяхъ Kohler'a и Katzenstein'a провокаторство возводится на степень государственнаго общеполезнаго института. Трудно не назвать эту точку зрѣнія — возмутительной, но еще труднѣе — закрыть глаза на ея практическую несостоятельность. Оказывается, что въ „современномъ государствѣ, располагающемъ всею силою репрессіи и розыска, предупрежденіе преступленій должно, между прочимъ, быть достигаемо посредствомъ — возбужденія къ ихъ совершенію... Оказывается, что такая провокація совершается въ интересахъ правопорядка. Но достойно вниманія, что провокаторство до сихъ поръ было удѣломъ не „современнаго государства“, а тѣхъ странъ, гдѣ правового порядка не было, и принципъ законности не успѣлъ стать одинаково священнымъ для всѣхъ. Самое предположеніе, что современный общественный строй не можетъ не опираться на детективовъ и агентовъ-провокаторовъ, если-бы оно было правильно, заключало бы въ себѣ безпощадный нравственный приговоръ этому обществу. Агентъ-провокаторъ въ роли общественнаго спасителя — дальше

---

[1]) Ibid.

этого, кажется, итти некуда, болѣе рѣшительнаго вызова нравственному чувству и здравому смыслу нельзя себѣ и представить.

Примѣры Kohler'a сами по себѣ, конечно, совершенно нелѣпы. Для того, чтобы привлечь къ уголовной отвѣтственности шайку убійцъ или фальшивыхъ монетчиковъ, нѣтъ, конечно, никакой необходимости прибѣгать къ провокаціи: достаточно ихъ выслѣдить и собрать необходимыя улики. *Kohler* какъ-бы предполагаетъ, что для власти существуютъ только двѣ возможности: либо закрывать глаза и относиться равнодушно къ преступной дѣятельности такихъ шаекъ, либо провоцировать къ новымъ преступленіямъ. Странно, что забытъ третій, единственно вѣрный путь: имѣть хорошіе органы розыска, которые бы сумѣли раскрыть преступленіе и изобличить виновныхъ. Повторяю: неужели не трюизмъ, что это единственно вѣрный, единственно достойный правового государства путь?

Остается, наконецъ, аргументъ о „героизмѣ“ провокаторовъ, рискующихъ жизнью въ случаѣ раскрытія ихъ роли. Но вѣритъ ли самъ авторъ въ этотъ аргументъ? Дѣйствительно ли онъ видитъ героевъ въ тѣхъ лицахъ, которыя идутъ на извѣстный профессіональный рискъ, точно оцѣненный въ соотвѣтствующемъ тарифѣ? Можно въ этомъ усомниться, можно думать, что дѣйствительная жизнь еще ни разу не создавала идеалиста-провокатора, вдохновленнаго государственной идеей.

Воображенію нѣмецкаго ученаго представляется эффектная картина неустрашимаго храбреца, готоваго принести свою жизнь въ жертву интересамъ правопорядка. Дѣйствительность даетъ другое, и отъ этого „другого“ съ гадливостью и ужасомъ отворачивается здоровое этическое чувство. *Kohler* рисовалъ намъ героя; *жизнь* покамѣстъ дала намъ—Азефа.

По окончаніи доклада открылись пренія.

О. Я. Пергаментъ отмѣчаетъ недостаточное развитіе въ докладѣ понятія delictum sui generis въ примѣненіи къ дѣятельности агента-провокатора. Если принципіально, — какъ видъ соучастія въ „провоцированномъ“ преступномъ дѣяніи,— дѣятельность эта и не подлежитъ уголовному наказанію, то на практикѣ она несомнѣнно въ большинствѣ случаевъ образуетъ самостоятельныя преступныя дѣянія. Самъ докладчикъ указалъ на нѣкоторые случаи такихъ delicta sui generis по 129-й ст. уг. ул., напримѣръ,—провозъ нелегальной литера-

туры и т. п. Но этой статьей отнюдь не исчерпывается область уголовно-наказуемой дѣятельности агента-провокатора. Поскольку рѣчь идетъ о провокаторѣ, участвующемъ въ незаконномъ сообществѣ, дѣятельность его состоитъ изъ двухъ элементовъ: наблюденія и организаціи, причемъ весьма часто бываетъ такъ, что послѣдній элементъ рѣшительно преобладаетъ надъ первымъ. При такихъ условіяхъ едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что дѣятельность агента-провокатора, являющагося участникомъ сообщества, въ своихъ конкретныхъ формахъ почти всегда окажется уголовно-наказуемой. Необходимо поэтому расширить понятіе delictum sui generis въ отношеніи дѣятельности агента-провокатора и признать, что примѣненіе этого понятія къ данной области не ограничивается отдѣльными, единичными случаями, а составляетъ скорѣе общее правило.

Докладчикъ, по поводу замѣчаній перваго оппонента, указалъ, что ему пріятно констатировать присоединеніе О. Я. Пергамента къ основному положенію доклада, разсматривающему наказуемость провокатора съ точки зрѣнія ученія о соучастіи. Что касается до вопроса о наказуемости провокатора за delictum sui generis (напр., за участіе въ сообществѣ), то эта сторона дѣйствительно затронута въ докладѣ лишь мимоходомъ и недостаточно разработана. Докладчикъ имѣлъ въ виду подчеркнуть, что „участіе“ провокатора въ сообществѣ, имѣя чисто внѣшній характеръ, не соотвѣтствуетъ, само по себѣ, тому „участію“, о которомъ говорятъ ст.ст. 102, 126 и др. Но, коль скоро участіе это выражается въ такихъ конкретныхъ формахъ, какъ, напр., подговоръ къ вступленію въ сообщество, организація такового и т. п., докладчикъ согласенъ, что составъ преступленія налицо, и что мотивы, коими руководился провокаторъ или цѣли, которыя онъ преслѣдовалъ, никакого вліянія не имѣютъ при рѣшеніи вопроса о его наказуемости.

П. И. Люблинскій. Вопросъ объ отвѣтственности агента-провокатора возникаетъ обыкновенно на тѣхъ стадіяхъ политическаго развитія, когда совершается переходъ отъ полицейскаго строя къ правовому. Уголовный законъ ставитъ тогда предѣлы полицейскому вмѣшательству власти, создавая отвѣтственность за дѣянія, и устраняя возможность примѣненія мѣръ административнаго воздѣйствія за одну только неблагонадежность или опасность. Тѣмъ не менѣе полицейская власть,

сроднившаяся въ старомъ строѣ съ идеями о необходимости изъятія однихъ только опасныхъ элементовъ изъ общества, не проявившихъ себя въ тѣхъ или иныхъ преступныхъ дѣйствіяхъ, не мирится съ такимъ положеніемъ и предпринимаетъ рядъ мѣръ, чтобы это состояніе скрытой опасности превратить въ проявленіе преступности. Эта дѣятельность и есть провокаторство. Провокаторство въ цѣляхъ укрѣпленія политической безопасности или политическаго строя, искусственно развиваетъ и взращиваетъ общую преступность страны. Политическую оцѣнку этой системы мы находимъ въ докладѣ, и мнѣ остается только присоединиться къ ней. Остается вопросъ объ юридической оцѣнкѣ ея, и здѣсь я существенно расхожусь съ докладчикомъ.

Если разсматривать провокаторство de lege ferenda, то я думаю, что не остается сомнѣній въ необходимости репрессіи его. Явленіе это, которое можетъ быть контролируемо высшею властью лишь въ весьма слабой степени, грозитъ серьезной опасностью правовымъ благамъ гражданъ, безопасность которыхъ приносится въ жертву политическимъ цѣлямъ; здѣсь происходитъ изловленіе опасныхъ лицъ за счетъ гражданъ, на правовыхъ благахъ которыхъ производятся эксперименты провокаторства. Не всегда дѣло обстоитъ такъ, что „провалъ предпріятія“ устраивается провокаторомъ, иногда, наоборотъ, участники преступленія устраиваютъ „провалъ“ провокатору, избѣгая разставленной имъ ловушки и доводя дѣло до конца. Интересы пострадавшихъ, ихъ жизнь, здоровье, имущество, оказывается, были поставлены на карту агентомъ и проиграны. Мало того, провокаторство, развивая преступность въ обществѣ, порождаетъ всѣ тѣ болѣзни, которыми характеризуется усиленіе преступности: господство исключительныхъ положеній, общее сознаніе безпокойства, подрывающее регулярную дѣятельность, моральное огрубѣніе, искусственное перепроизводство репрессіи и пр. Я думаю, господа, что всего этого слишкомъ достаточно, чтобы законодатель могъ считать дѣятельность агента-провокатора дѣятельностью преступной. Вопросъ лишь въ томъ, должна ли эта дѣятельность разсматриваться какъ особый деликтъ или какъ общая форма подстрекательства. Я склоняюсь къ этому послѣднему рѣшенію, и оно, на мой взглядъ, вполнѣ подтверждается дѣйствующимъ законодательствомъ.

Изслѣдуя отвѣтственность провокатора по русскому праву, приходится исходить изъ толкованія постановленій общей части. Здѣсь мы встрѣчаемся съ нѣсколькими сложными юридическими вопросами, и потому, чтобы обосновать свой взглядъ, мнѣ придется просить извиненія у присутствующихъ и увлечь ихъ въ чащу юридическихъ теорій и конструкцій. Ни докладчикъ, ни кто-либо изъ писавшихъ по вопросу о провокаторствѣ не отрицаютъ, что внѣшняя сторона преступленія въ дѣятельности провокатора вполнѣ воспроизводится въ формѣ ли подстрекательства, или въ формѣ пособничества. Весь вопросъ касается стороны внутренней: каковъ умыселъ провокатора? Чтобы рѣшить его, слѣдуетъ прежде всего проанализировать самое понятіе умысла, а затѣмъ посмотрѣть какія модификаціи это понятіе испытываетъ въ составѣ соучастія. Уже по первому вопросу, какова природа умысла, мы встрѣчаемъ по крайней мѣрѣ пять теорій: теорію представленія, теорію воли, теорію мотивовъ, теорію намѣренія и смѣшанную. Для насъ, не входя въ этотъ споръ теорій, достаточно констатировать что въ понятіе умысла не входитъ ни представленіе цѣли, ни представленіе мотивовъ: ст. 48 уг. ул. считаетъ достаточнымъ желаніе или даже сознательное допущеніе, гдѣ элементъ желанія является скрытымъ. Но на что это желаніе должно быть направлено? Здѣсь лежитъ центръ всего спора. В. Д. Набоковъ въ своемъ докладѣ даетъ слѣдующій отвѣтъ. Умыселъ можетъ направляться тотько на окончательное совершеніе преступленія; умыселъ на покушеніе по новому уголовному уложенію немыслимъ, такъ какъ элементомъ состава покушенія является недовершеніе, по обстоятельству, отъ воли виновнаго независѣвшему. Поэтому невозможно себѣ представить, чтобы умыселъ виновнаго былъ направленъ именно на покушеніе, ибо въ такомъ случаѣ оказалось бы, что этотъ умыселъ охватываетъ такія обстоятельства, которыя отъ воли виновнаго не зависятъ. По самому существу понятія покушенія, какъ оно опредѣлено въ уложеніи, подстрекательство къ покушенію юридически невозможно, это есть contradictio in adjecto. Въ этихъ утвержденіяхъ В. Д. Набокова, на мой взглядъ, коренится существенная неправильность. Докладчикъ искусственно расчленяетъ при обрисовкѣ умысла умыселъ на оконченное дѣяніе и умыселъ на покушеніе. Уголовное уложеніе этого расчлененія не знаетъ, ему

извѣстенъ лишь „умыселъ на учиненіе преступнаго дѣянія“. Этотъ умыселъ включаетъ въ себя обѣ стадіи безразлично. Умыслить дѣяніе значитъ желать, чтобы оно начало приводиться въ исполненіе. А то, будетъ ли оно прервано по обстоятельству, не зависящему отъ воли или нѣтъ, является уже дополнительнымъ условіемъ, важнымъ не съ точки зрѣнія умысла, а наказанія. „Учиненіе преступнаго дѣянія“ охватываетъ собою какъ оконченное преступное дѣяніе, такъ и прерванное на стадіи покушенія. Учиненіе по сравненію съ выполненіемъ (ср. ст. 49) охватываетъ несомнѣнно и покушеніе. Напр., если по ст. 4 уг. ул. дѣйствіе его распространяется на дѣянія, учиненныя въ предѣлахъ Россіи, то здѣсь имѣются въ виду, конечно, и покушеніе на эти дѣянія. Далѣе, покушеніе на преступленіе также охватывается понятіемъ преступнаго дѣянія, ибо и оно воспрещено закономъ подъ страхомъ наказанія (ст. I уг. ул.). Отсюда несомнѣнно, что по закону умыселъ, направляясь на учиненіе преступнаго дѣянія, прежде всего направляется на покушеніе. Дѣйствительно, предпринимающій что-либо преступное, не знаетъ достигнетъ ли онъ желаемаго результата (послѣдній всегда является нѣсколько случайнымъ), а непосредственно умышляетъ только извѣстныя дѣйствія, которыя могутъ быть прерваны обстоятельствами отъ воли виновнаго независящими, т. е. замышляетъ только покушеніе. Фактически часто при учиненіи преступленій и не бываетъ надежды на окончаніе преступленія, учиняющіе, напр., возстаніе или бунтъ противъ власти верховной желаютъ придать этому чисто демонстративный характеръ; кто-либо, рѣшаясь на преступленіе съ отчаянія, не питаетъ ни малѣйшей надежды на успѣхъ его и т. д. Въ ст. 100 уг. ул., которая находитъ свое частое примѣненіе при провокаціи, покушеніе сравнено съ окончательнымъ выполненіемъ въ понятіи посягательства; слѣдуя взгляду о невозможности умысла на покушеніе, пришлось бы признать вообще ненаказуемость такихъ посягательствъ. Едва ли можно итти такъ далеко. Несомнѣнно, что умыселъ на покушеніе есть такой же преступный умыселъ, какъ умыселъ на оконченное дѣяніе. И чѣмъ серьезнѣе преступное дѣяніе, тѣмъ правильнѣе сравненіе того и другого. Прежде, когда въ уголовномъ правѣ игралъ роль объективный моментъ причиненія вреда, покушеніе и совершеніе были раздѣлены другъ отъ

друга пропастью и уголовная репрессія наступала только при наличности послѣдняго. Въ настоящее время все бо̀льшее и бо̀льшее значеніе пріобрѣтаетъ моментъ субъективный—опасная преступная дѣятельность, которая въ одинаковой степени проявляется какъ въ покушеніи, такъ и въ совершеніи. Эта преступная дѣятельность, уже независимо отъ матеріальныхъ послѣдствій составляетъ наказуемое дѣяніе и умыселъ на нее является преступнымъ. Такимъ образомъ положеніе докладчика относительно невозможности умысла на покушеніе отпадаетъ.

Теперь разсмотримъ осложняющій моментъ: какъ проявляется умыселъ этотъ въ соучастіи? Я вполнѣ согласенъ съ возраженіями докладчика противъ г. Урысона, смѣшивающаго акцессорную природу соучастія по германскому праву съ постановленіями уголовнаго уложенія, требующаго полнаго умысла на учиненіе. Несогласенъ я только съ дальнѣйшимъ указаніемъ на то, что уг. улож. стоитъ всецѣло на почвѣ теоріи соглашенія. Въ ст. 51 на ряду съ соглашеніемъ фигурируетъ и „завѣдомое учиненіе сообща“, при которомъ не требуется полной однородности умысла у всѣхъ: достаточно, чтобы каждый изъ соучастниковъ направилъ свою дѣятельность на опредѣленное преступное дѣяніе и зналъ о присоединяющейся (той или иной) дѣятельности другого лица. Подстрекатель, умысливъ покушеніе и зная о дѣятельности другихъ соучастниковъ, которыхъ онъ склонилъ или которымъ давалъ указанія, совѣты и пр., вполнѣ воспроизводитъ субъективный составъ соучастія и, слѣдовательно, подлежитъ наказанію, если не имѣется налицо съ его стороны дѣятельности, предусмотрѣнной п. 5 ст. 51. Совершенно правильно отстаиваетъ этотъ взглядъ Н. С. Таганцевъ. Такимъ образомъ мы признаемъ, что провокаторъ, независимо отъ мотивовъ, какими онъ руководился, подстрекая кого-либо учинить преступленіе, доведенное по крайней мѣрѣ до стадіи покушенія, является наказуемымъ по точному смыслу дѣйствующаго права.

Такую же наказуемость провокатора мы должны признать и въ случаѣ принадлежности его къ сообществу по ст. 102 уг. ул. Разсматривая мою замѣтку по этому вопросу, В. Д. Набоковъ сдѣлалъ мнѣ два упрека. Во-первыхъ, я смѣшалъ понятіе шпіона съ понятіемъ провокатора и, во-вторыхъ, одна принадлежность безъ соотвѣтственной дѣятельности еще не наказуема, какъ не наказуемо переодѣваніе въ платье непрія-

теля въ качествѣ военной хитрости. Долженъ однако сказать, въ дополненіе къ соображеніямъ въ защиту моей т. зр., высказаннымъ О. Я. Пергаментомъ, что я допускаю принадлежность къ сообществу и въ формѣ шпіонства и въ формѣ провокаторства. Агентъ полиціи, собравшій общество подростковъ и склоняющій его къ активнымъ выступленіямъ и даже подбрасывающій бомбы въ распоряженіе этого общества, несомнѣнно является провокаторомъ, а не шпіономъ, хотя онъ учиняетъ деликтъ, предусмотрѣнный ст. 102. Затѣмъ, какъ извѣстно, въ понятіе принадлежности къ сообществу входитъ не только голый фактъ состоянія членомъ общества, а отдаленная приготовительная дѣятельность. Это явствуетъ изъ мотивовъ составителей уголовнаго уложенія и изъ ст. 50, гдѣ приведены только нѣкоторыя формы преступной дѣятельности, и тѣ не вошли въ ст. 51 цѣликомъ; часть ихъ поглотила ст. 52, къ которой относится и 102 ст. Такимъ образомъ, мыслимо и второе положеніе, утверждаемое мною—именно, что уже одна принадлежность, подразумѣвающая рядъ приготовительныхъ дѣйствій, является наказуемой независимо отъ мотива участія. Въ дѣлѣ Азефа, которое я имѣлъ въ виду въ своей замѣткѣ, имѣются налицо и такая провокаторская дѣятельность внутри общества и акты приготовленія, если не сказать большаго. И потому свое мнѣніе я не считаю поколебленнымъ соображеніями В. Д. Набокова.

Мы разсмотрѣли вопросъ о наказуемости провокатора и рѣшили его утвердительно. Но все же намъ хочется объяснить, какъ возникли взгляды, обратные нашему. Намъ кажутся тщетными поиски этой безотвѣтственности въ области формальныхъ элементовъ умысла и соучастія, основанія безотвѣтственности здѣсь могутъ лежать единственно въ исключеніи противоправности. Въ литературѣ о провокаціи можно встрѣтить рядъ теорій,—онѣ вѣроятно ради экономіи мѣста были опущены докладчикомъ,—которыя считаютъ провокацію ненаказуемой, видя въ ней или служебное уполномоченіе, или государственную необходимость, приравниваемую къ крайней необходимости, или отсутствіе преступной цѣли и пр. Я не стану входить въ разборъ этихъ теорій, каждая изъ которыхъ не выдерживаетъ критики съ догматической точки зрѣнія. Но область, въ которой они ведутъ свои поиски, до извѣстной степени правильна. Уголовный кодексъ не перечисляетъ всѣхъ

основаній, устраняющихъ противоправность. Напр., согласіе пострадавшаго, врачебная дѣятельность и пр. признаются устраняющими отвѣтственность, хотя законъ о нихъ не упоминаетъ. Здѣсь создались обычныя исключенія. На подобную безотвѣтственность могло бы претендовать и профессіонально-служебное провокаторство. Но, къ счастью, современная власть еще не настолько безнравственна, чтобы дать подобную санкцію тому, что она признаетъ своими тайными пороками. Суды, вынося обвинительные приговоры провокаторамъ, открыто признаютъ, что эти основанія они не считаютъ освобождающими отъ отвѣтственности и тѣмъ самымъ справедливо предпочитаютъ правосудіе политическимъ соблазнамъ. Поэтому, гг., нужно признать, что провокація не только политически-зловредна, но и недопустима съ правовой точки зрѣнія. На стражѣ послѣдней должны стоять суды, которые не могутъ санкціонировать законности этого явленія, кладущаго темное пятно на власть, къ нему прибѣгающую и представляющаго зловѣщую язву правопорядка.

Отвѣчая В. Д. Набокову, *П. И. Люблинскій* указываетъ, что терминъ „посягательство“ былъ установленъ для спеціальной цѣли уравнять наказуемость покушенія съ совершеніемъ, чтобы исключить примѣненіе ст. 53 и наличность его вовсе не опровергаетъ общаго утвержденія: преступное дѣяніе, несомнѣнно, охватываетъ и сферу покушенія. Онъ въ спорѣ о природѣ эвентуальнаго умысла склоняется къ взгляду, что въ сознательномъ допущеніи результата провокаторомъ слѣдуетъ видѣть не преступную самонадѣянность (ст. 48 п. 2), а преступное безразличіе (ст. 48 п. 1), такъ какъ неосторожность могла бы имѣться при отдаленномъ отношеніи между дѣйствіемъ и результатомъ и налицо должна быть легкомысленность, едва ли составляющая доминирующій мотивъ у провокатора. Оппонентъ еще разъ настаиваетъ на мысли, что умыселъ на покушеніе вовсе не является contradictio in adjecto, а наоборотъ, составляетъ нормальный типъ преступнаго умысла. Трудно согласиться, по мнѣнію оппонента, и съ отрицательнымъ отношеніемъ къ наказуемости провокаціи de lege ferenda, котораго придерживается докладчикъ. Правда и законы издаетъ и пользуется провокаціей власть, но въ обоихъ случаяхъ власть эта неоднородна: въ первомъ случаѣ это законодательная власть, стоящая подъ сильнымъ контролемъ обще-

ственнаго мнѣнія, во второмъ—власть исполнительная. И вся проблемма здѣсь сводится къ тому положенію, которое докладчикъ прекрасно выразилъ въ своемъ афоризмѣ въ Гос. Думѣ—власть исполнительная да подчинится власти законодательной. Когда водворится законность, провокація должна будетъ исчезнуть.

В. Н. Новиковъ указываетъ на одностороннюю конструкцію соучастія въ докладѣ. Докладчикъ видимо загипнотизированъ теоріей соглашенія Таганцева, не замѣчая, что текстъ закона расходится съ ней кореннымъ образомъ: „т. 51 угол. улож. гласитъ: „Въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ нѣсколькими лицами, согласившимися на его совершеніе или дѣйствовавшими завѣдомо сообща, ...соучастниками признаются“... Очевидно, что законъ отнюдь не требуетъ непремѣнно соглашенія, а довольствуется наличностью общей дѣятельности, и этотъ моментъ въ сущности приближаетъ наше понятіе соучастія къ германскому „Mittäterschaft“. Докладчикъ же, увлекшись законодательными мотивами въ ущербъ прямому толкованію текста закона, пришелъ къ односторонней конструкціи соучастія, изъ которой и получается дальнѣйшій неправильный выводъ о ненаказуемости агента-провокатора, какъ подстрекателя къ совершившемуся преступному дѣянію. По вопросу о наказуемости агента-провокатора за покушеніе предыдущій оппонентъ указалъ уже, что въ важнѣйшихъ преступныхъ дѣяніяхъ законъ (ст. 99, 100, 102 угол. улож.) караетъ „посягательство“, т. е. и оконченное дѣяніе, и покушеніе на него. Къ этому объективному моменту присоединяется еще и субъективный, а именно—что умыселъ заключается по уголовному уложенію (ст. 48) не только въ „желаніи“, но и въ сознательномъ допущеніи возможности наступленія данныхъ послѣдствій, т. е. согласно теоріи представленія, а не волевой. Для наказуемости агента-провокатора этотъ послѣдній моментъ имѣетъ практически важное значеніе.

Нельзя, далѣе, согласиться и съ положеніемъ докладчика о „золотомъ мостѣ“, даваемомъ агенту-провокатору послѣдней частью 51-ой ст. угол. ул.: законъ обусловливаетъ освобожденіе соучастника отъ наказанія „отказомъ отъ участія“ и „своевременнымъ принятіемъ всѣхъ зависѣвшихъ мѣръ для предотвращенія онаго“. Очевидно, что эта статья отнюдь не можетъ быть примѣнена къ агенту-провокатору, по отношенію къ которому не можетъ быть рѣчи о принятіи имъ „всѣхъ

зависѣвшихъ мѣръ для предотвращенія преступнаго дѣянія".

Что касается оцѣнки дѣятельности агента-провокатора съ моральной и политической точки зрѣнія, то такая оцѣнка въ сущности является излишней: если бы нѣмецкимъ ученымъ, идеализирующимъ въ своемъ кабинетѣ дѣятельность агента-провокатора, пришлось хотя бы нѣкоторое время наблюдать ее въ дѣйствительной жизни, то докладчику незачѣмъ было бы полемизировать съ ними; ибо слишкомъ очевидно, что для всѣхъ, знакомыхъ съ этимъ явленіемъ, не можетъ быть двухъ мнѣній въ смыслѣ его оцѣнки.

Докладчикъ, обращаясь къ замѣчаніямъ В. Н. Новикова, считаетъ необходимымъ прежде всего отклонить отъ себя упрекъ въ излишнемъ увлеченіи теоріей Таганцева и законодательными мотивами: для правильнаго толкованія текста закона необходимо считаться съ законодательными мотивами. Что касается теоріи Таганцева, то, какъ указано въ докладѣ, съ нею можно спорить, но нельзя отрицать того факта, что она положена въ основаніе угол. улож. въ ученіи о соучастіи. Нельзя отрицать, что основнымъ элементомъ соучастія по ст. 51 является *соглашеніе*, имѣющееся и въ томъ случаѣ, когда участники дѣйствовали *завѣдомо* сообща. Цитированное оппонентомъ выраженіе 51 ст. угол. улож. „или дѣйствовавшими завѣдомо сообща" означаетъ, какъ это видно изъ мотивовъ, дѣйствія сопомъ—явленіе, совершенно отличное отъ германскаго Mittäterschaft, которое означаетъ общее выполненіе (gemeinschaftliche Ausführung), причемъ дѣйствительно возможны случаи, что одни изъ исполнителей даже не знаютъ о дѣйствіяхъ, совершаемыхъ другими. Въ виду такого спеціальнаго значенія термина „дѣйствовавшими завѣдомо сообща", о подстрекателяхъ можно говорить (поскольку рѣчь идетъ и объ улож. о нак. и объ уг. ул.) лишь при предварительномъ соглашеніи. Съ этой точки зрѣнія докладчикъ настаиваетъ, вопреки мнѣнію оппонентовъ, на ненаказуемости агента-провокатора, какъ подстрекателя, въ виду отсутствія въ его дѣяніи необходимаго внутренняго элемента, т. е. общности умысла, объединяющаго его съ исполненіемъ.

Что касается соображеній П. И. Люблинскаго о возможности по уголовному уложенію умысла на покушеніе, а, слѣдовательно, — наказуемости агента-провокатора за покушеніе, то соображенія эти противорѣчатъ смыслу 48-й ст. угол. ул.,

по которой „недовершеніе преступнаго дѣянія по обстоятельству, отъ воли виновнаго независящему“, составляетъ одинъ изъ элементовъ состава покушенія. Очевидно, что умыселъ на такое „недовершеніе“ невозможенъ, и это устраняетъ возможность наказанія агента-провокатора за покушеніе. Вообще, дѣйствующій законъ не даетъ опоры для наказанія агента-провокатора, какъ подстрекателя, и конструировать его наказуемость можно лишь путемъ явной натяжки. Такая натяжка не оправдывалась бы и съ точки зрѣнія цѣлесообразности, ибо центръ тяжести борьбы съ провокаціей лежитъ отнюдь не въ уголовной ея наказуемости. Къ тому же и практически такая наказуемость провокаціи едва ли осуществима: она свидѣтельствовала бы лишь о безднѣ лицемѣрія власти, съ одной стороны пользующейся услугами агентовъ-провокаторовъ, а съ другой—предающей ихъ уголовной карѣ. Наконецъ, уголовная репрессія просто безсмысленна и безцѣльна до тѣхъ поръ, пока сама власть ищетъ въ агентахъ-провокаторахъ опоры.

П. И. Люблинскій возвращается снова къ вопросу о возможности умысла на покушеніе по уголовному уложенію. Законъ (49 ст.) говоритъ лишь объ обстоятельствѣ, „отъ воли виновнаго независѣвшемъ“, но не говоритъ объ обстоятельствѣ, не дошедшемъ до сознанія. Едва ли поэтому правиленъ дѣлаемый докладчикомъ выводъ о невозможности по нашему уголовному уложенію подстрекательства къ покушенію.

Что касается высказанныхъ докладчикомъ соображеній о практической неосуществимости и безцѣльности уголовной репрессіи въ виду неизбѣжнаго лицемѣрія власти, становящейся въ противорѣчіе съ самой собой, то докладчикъ упускаетъ изъ виду различіе властей: рѣчь и идетъ о томъ, чтобы заставить органы исполнительной власти подчиниться власти закона или, по яркому и мѣткому выраженію самого докладчика въ первой государственной думѣ:—„Власть исполнительная да подчинится власти законодательной“.

А. А. Жижиленко считаетъ совершенно неправильнымъ положеніе докладчика о ненаказуемости агента-провокатора, какъ подстрекателя (5-й тезисъ доклада). Центръ тяжести вопроса заключается здѣсь въ умыслѣ. Нашъ законъ, однако, не знаетъ спеціальнаго умысла подстрекателя, а даетъ лишь общія указанія объ умыслѣ. Слѣдовательно, нельзя исходить, какъ

это дѣлаетъ докладчикъ, изъ требованія какого-то особаго умысла для подстрекателя, а надо руководствоваться этими общими указаніями. Съ этой точки зрѣнія докладчикъ прежде всего неправильно полагаетъ, что для наказуемости подстрекательства необходимъ умыселъ на причиненіе, возбужденіе же въ другомъ лицѣ „преступной рѣшимости“ недостаточно. Дѣло въ томъ, что „преступная рѣшимость“ не есть лишь созданіе умысла, а есть извѣстная дѣятельность. Требовать умысла на причиненіе для подстрекательства можно еще по-германскому и французскому праву, но по нашему закону (2 п. I ч. 51 ст. угол. ул.) подстрекательство можетъ быть направлено и на соучастіе въ преступномъ дѣяніи.

Докладчикъ кратко указываетъ, что взглядъ на подстрекательство, изъ котораго исходитъ послѣдній оппонентъ, есть взглядъ Heilborn'a, приведенный имъ въ докладѣ. Съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться уже потому, что невозможно указать какую-либо опредѣленную границу между „преступной рѣшимостью“, какъ созданіемъ умысла, и „приступомъ къ дѣятельности“. Въ заключеніе докладчикъ выражаетъ пожеланіе, чтобы вопросъ объ уголовной отвѣтственности агента-провокатора, почти не затронутый въ нашей литературѣ, подвергся обстоятельной научной разработкѣ, какой онъ вполнѣ заслуживаетъ по своему значенію.

Предсѣдатель *В. Д. Кузьминъ-Караваевъ*, резюмируя пренія, отмѣтилъ прежде всего тотъ фактъ, что въ теченіе 4-хъ лѣтъ юридическое общество не собирало въ свои стѣны такой многочисленной публики—яркое доказательство не только научнаго, но и общественнаго интереса сегодняшняго доклада. Уже та эволюція, которую совершилъ въ обиходѣ научный терминъ „провокація“, свидѣтельствуетъ о развитіи общественнаго сознанія: еще два-три года тому назадъ подъ „провокаціей“ понимали совсѣмъ не то, что заключается въ научномъ терминѣ, и, несомнѣнно, большое общественное значеніе имѣетъ обнаруженіе дѣйствительнаго содержанія понятія провокаціи.

По существу доклада пренія вращались почти исключительно вокругъ четвертаго и пятаго тезисовъ доклада, шестой же тезисъ, весьма существенный, къ сожалѣнію, остался въ тѣни. Что касается четвертаго тезиса, то въ сущности здѣсь о провокаторѣ вообще не можетъ быть рѣчи: вѣдь тотъ, кто, вмѣсто предотвращенія террористическаго акта, въ дѣйствительности

его подготовляетъ—развѣ это провокаторъ? Провокація въ техническомъ смыслѣ имѣется лишь въ 6-мъ тезисѣ доклада. По вопросу о наказуемости провокаціи въ этомъ смыслѣ всѣ оппоненты разошлись съ докладчикомъ. И дѣйствительно, въ этомъ пунктѣ трудно съ нимъ согласиться: если въ особенности имѣть въ виду громадную опасность дѣятельности агента-провокатора, то говорить о его безотвѣтственности невозможно.

Въ заключеніе предсѣдатель предложилъ собранію выразить признательность докладчику за обстоятельный и интересный докладъ.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

7-го марта 1909 года.

Предметомъ занятій служило:

1) Избраніе предсѣдательствующаго, его товарища и трехъ членовъ редакціоннаго комитета уголовнаго отдѣленія.

2) Докладъ д-ра медицины *Ю. Г. Малиса*: „Судебно-медицинская экспертиза и роль врача, какъ судебнаго эксперта".

Засѣданіе открылось въ $8^1/_2$ часовъ вечера. По предложенію предсѣдательствующаго *В. Д. Набокова*, присутствовавшіе въ собраніи члены Общества приступили къ выборамъ предсѣдателя, его товарища и трехъ членовъ редакціоннаго комитета уголовнаго отдѣленія. По подсчетѣ записокъ избранными оказались: Предсѣдателемъ — *В. Д. Набоковъ*, товарищъ предсѣдателя — *А. А. Жижиленко* и членами редакціоннаго комитета—*О. О. Грузенбергъ*, *П. И. Люблинскій* и *Г. Б. Сліозбергъ*. Затѣмъ д-ръ медицины *Ю. Г. Малисъ* прочиталъ докладъ на тему: „Судебно-медицинская экспертиза и роль врача, какъ судебнаго эксперта".

Содержаніе доклада сводится къ слѣдующему.

Среди судебныхъ доказательствъ совершенно особое мѣсто занимаетъ судебная экспертиза, призванная разъяснять суду тѣ вопросы, для разрѣшенія которыхъ требуются спеціальныя знанія. Виды судебной экспертизы чрезвычайно разнообразны и касаются всевозможныхъ областей знанія и практики жизни. Но среди всѣхъ видовъ судебной экспертизы особенно важную роль играетъ экспертиза судебно-медицинская. Медицина, какъ соціальная наука, про-

никающая во всѣ сферы жизни и дѣятельности человѣка, весьма часто является необходимымъ и незамѣнимымъ пособіемъ при разрѣшеніи судомъ различнѣйшихъ вопросовъ, касающихся областей какъ уголовнаго, такъ и гражданскаго права. Вслѣдствіе этого судебно-медицинская экспертиза, оставаясь, подобно всякой иной экспертизѣ, лишь однимъ изъ видовъ судебнаго доказательства, должна, сообразно своему значенію, занимать въ судѣ исключительное, ей подобающее мѣсто. Въ Западной Европѣ судебно-медицинская экспертиза и занимаетъ дѣйствительно такое почетное положеніе въ уголовномъ процессѣ. Не то мы видимъ, къ сожалѣнію, у насъ: въ нашей криминалистической практикѣ судебно-медицинская экспертиза до сихъ поръ играетъ крайне жалкую, печальную роль. Въ этомъ виноваты обѣ стороны: и судъ, и врачи. Судъ, однако, виноватъ не въ томъ, въ чемъ его обыкновенно обвиняютъ—въ игнорированіи экспертизы, въ пренебреженіи къ ней. Дѣло въ томъ, что въ этомъ игнорированіи виноваты именно врачи, а не судъ: всякое судебное доказательство, въ томъ числѣ и экспертиза, должно обладать прежде всего убѣдительностью, обоснованностью, неоспоримостью. Въ противномъ случаѣ доказательство должно быть признано негоднымъ, и судъ въ интересахъ правосудія обязанъ игнорировать его. Къ сожалѣнію, медицинская экспертиза у насъ сплошь и рядомъ представляется такимъ негоднымъ доказательствомъ, и суду не остается ничего другого, какъ совершенно пренебречь подобною экспертизой.

Вина суда состоитъ въ другомъ, а именно: судъ не заботится о пріобрѣтеніи цѣнной экспертизы. Такъ, въ окружныхъ судахъ ежедневно заслушивается цѣлая масса уголовныхъ дѣлъ, въ которыхъ обвиненіе предъявляется по ст. 1477—1496 Ул. о нак. Это—дѣла о нанесеніи увѣчій, ранъ и другихъ поврежденій здоровья. Экспертами по этимъ дѣламъ вызываются судомъ обыкновенно полицейскіе врачи, которымъ по мѣсту службы пришлось свидѣтельствовать жертвъ этихъ преступленій (на осн. ст. 337 У. У. С.). Вопросы, которые здѣсь приходится рѣшать эксперту,—какъ это ясно для всякаго,—относятся спеціально къ области хирургіи. Спеціалисты же хирурги обыкновенно должностей полицейскихъ врачей не занимаютъ. Далѣе, кромѣ вопросовъ спеціально хирургическихъ, въ такихъ дѣлахъ возникаютъ часто и вопросы судебно-медицинскаго характера, для рѣшенія которыхъ полицейскіе врачи опять-таки недостаточно компетентны. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи отъ полицейскихъ врачей весьма выгодно отличаются уѣзд-

ные врачи, обыкновенно прекрасные знатоки судебной медицины. Какъ бы то ни было, до очевидности ясно, что во всѣхъ названныхъ дѣлахъ суду слѣдовало бы, въ интересахъ выясненія истины, въ интересахъ правосудія вызывать въ качествѣ экспертовъ не полицейскихъ врачей, а спеціалистовъ-хирурговъ. Это увеличило бы, правда, расходы суда, но такимъ соображеніемъ не можетъ быть, конечно, оправдано привлеченіе неудовлетворительной, хотя бы и безплатной, полицейской экспертизы.

Что же касается врачей, то вина ихъ состоитъ прежде всего въ томъ, что они не даютъ себѣ яснаго отчета, что такое судебная экспертиза вообще и медицинская въ частности. Судебно-медицинская экспертиза должна дать отвѣтъ на вопросы, возникающіе у судей, другими словами, вопросы ставитъ судья, а отвѣчаетъ на нихъ врачъ. Выводъ изъ отвѣта врача опять-таки дѣлаетъ судья. Если мы сравнимъ судебно-медицинскую экспертизу съ силлогизмомъ, то мы можемъ сказать, что первую посылку составляетъ судья, вторую посылку за него составляетъ врачъ, заключеніе дѣлаетъ судья. Ясно, что для правильности этого силлогизма требуется полное соотвѣтствіе его посылокъ; для этого требуется, чтобы врачу былъ вполнѣ понятенъ юридическій смыслъ вопросовъ судьи. Поэтому врачъ-юристъ долженъ не быть чуждъ юридическаго мышленія и нѣкоторыхъ элементарныхъ юридическихъ понятій.

По существу же экспертизы врачъ всегда долженъ стоять на почвѣ фактовъ, причемъ толкованіе этихъ фактовъ, составляющее сущность экспертизы, должно имѣть подъ собою твердую почву. Къ сожалѣнію, въ этомъ отношеніи врачи-эксперты очень часто грѣшатъ, удаляясь отъ почвы фактовъ, высказывая мало обоснованныя мнѣнія и предположенія, загромождая экспертизу ненужнымъ теоретическимъ балластомъ. Отвѣты врача, далѣе, должны быть положительными. Экспертизы, носящія характеръ „съ одной стороны нельзя не признать, а съ другой стороны слѣдуетъ сознаться“,—такія экспертизы,—къ сожалѣнію, столь у насъ частыя,—совершенно непригодны, и врачъ-экспертъ, уважающій себя и науку, долженъ вмѣсто такой экспертизы дать болѣе приличествующій и цѣнный для выясненія истины Сократовскій отвѣтъ „не знаю“.

Впрочемъ, помимо указанныхъ причинъ, плачевное состояніе судебно-медицинской экспертизы обусловливается у насъ и многими не зависящими отъ вины врачей или судей обстоятельствами. Такъ, напримѣръ, для цѣнности экспертизы весьма важное значеніе имѣетъ то обстоятельство, въ какой стадіи процесса она производится. Въ

этомъ отношеніи положеніе врача-эксперта у насъ на судебномъ слѣдствіи несравненно хуже, чѣмъ на предварительномъ слѣдствіи— если, разумѣется, это не одно и то же лицо.

На предварительномъ слѣдствіи въ его распоряженіи, кромѣ живого или мертваго объекта, имѣется и весь остальной слѣдственный матеріалъ, добытый до момента экспертизы и весьма часто обусловливающій самую возможность правильной экспертизы. На судебномъ же слѣдствіи врачъ-экспертъ знакомится лишь съ тѣмъ, что оглашается судомъ. Этотъ дефектъ пріобрѣтаетъ для врача-эксперта усугубляющее значеніе, когда въ дѣлѣ нѣтъ скорбнаго листа или же ни одна изъ сторонъ не потребовала его оглашенія. А въ тѣхъ случаяхъ, когда къ тому же жертва преступленія погибла, и изслѣдованіе ея на судѣ невозможно, положеніе врача-эксперта становится поистинѣ трагическимъ.

Далѣе, одной изъ причинъ указаннаго состоянія у насъ судебно-медицинской экспертизы является также устарѣлость и скудость нашего законодательства въ этой области. Такъ, первенствующее значеніе въ судебно-медицинской экспертизѣ имѣетъ, конечно, изслѣдованіе поврежденій. Какія же руководящія указанія даетъ въ этомъ отношеніи законъ врачу-эксперту? Если обратимся къ относящимся сюда статьямъ Устава Судебной Медицины (ст. 1437—1448), то мы увидимъ, что онѣ носятъ архаическій характеръ и совершенно непригодны съ современной хирургической и даже вообще медицинской точки зрѣнія. Между прочимъ, на практикѣ нерѣдко возникаютъ на судѣ коллизіи и недоразумѣнія вслѣдствіе несогласованности установленныхъ въ законѣ юридическихъ терминовъ и понятій съ медицинскими. Именно, съ одной стороны врачъ-экспертъ, характеризующій поврежденіе при помощи юридическихъ терминовъ и опредѣленій, т. е. иными словами дающій ту или иную квалификацію преступнаго дѣянія, собственно выходитъ уже за предѣлы экспертизы, беря на себя функцію, по существу составляющую исключительную обязанность суда. Вслѣдствіе этого Сенатъ и разъяснилъ, что экспертъ не обязанъ давать отвѣты въ формѣ установленныхъ въ законѣ терминовъ и опредѣленій. Съ другой стороны, однако, практика обходитъ это сенатское разъясненіе, такъ какъ фактически въ разсматриваемой области лишь врачъ-экспертъ компетентенъ въ квалификаціи преступленія. Съ такой несогласованностью мы встрѣчаемся, напримѣръ, въ вопросѣ о тяжести нанесенной раны, при рѣшеніи котораго составители закона не приняли во вниманіе новѣйшихъ успѣ-

ховъ хирургіи. Именно, съ точки зрѣнія современной хирургіи рана является безусловно тяжкой лишь въ томъ случаѣ, если она, какъ таковая, нарушаетъ цѣлость важнаго для жизни органа. Тяжесть же остальныхъ ранъ слѣдуетъ поставить въ зависимость отъ происшедшихъ осложненій. Такимъ образомъ, категоризація ранъ должна быть слѣдующая: безусловно тяжкія, условно тяжкія и легкія. Установленное же въ законѣ дѣленіе ранъ на тяжкія и легкія построено на устарѣвшемъ, съ точки зрѣнія современной хирургіи, принципѣ и ставитъ поэтому нерѣдко врача-эксперта въ самое затруднительное положеніе при опредѣленіи имъ тяжести нанесенныхъ ранъ.

Что же касается общей классификаціи тѣлесныхъ поврежденій въ нашемъ дѣйствующемъ уложеніи, то вмѣсто выдержанной классификаціи, построенной на одномъ родовомъ понятіи, мы встрѣчаемъ нѣчто хаотическое. Такъ, законъ предусматриваетъ увѣчья разныхъ степеней, раны разныхъ степеней, побои, истязанія, мученія и, наконецъ, „иныя поврежденія“. Здѣсь свалены въ одну кучу чисто-медицинскія и чисто-юридическія понятія, причемъ нѣкоторыя, какъ, напримѣръ, „иное поврежденіе“, остаются загадкой и для врачей, и для юристовъ. Къ числу чисто-медицинскихъ понятій относятся увѣчья и раны, причемъ даже и эти термины не согласованы между собой, а суть понятія разныхъ порядковъ. Въ самомъ дѣлѣ, родовымъ понятіемъ всей группы являются поврежденія. Но увѣчье не относится собственно къ поврежденіямъ, а является лишь результатомъ поврежденія, причемъ между тяжестью поврежденія и тяжестью увѣчья даже нѣтъ прямой пропорціональности: тяжкое поврежденіе можетъ не имѣть своимъ послѣдствіемъ тяжкаго увѣчья и, наоборотъ, легкое поврежденіе можетъ повлечь за собой тяжкое увѣчье. Вообще же, подъ увѣчьемъ слѣдуетъ понимать непреходящее нарушеніе анатомической цѣлости или нормальныхъ анатомическихъ соотношеній извѣстной части тѣла, какъ результатъ нанесеннаго поврежденія.

Что касается прочихъ категорій—„побоевъ“, „истязаній“, „мученій“, то эти термины совершенно не носятъ медицинскаго характера, а суть понятія юридическія. Тяжесть или легкость ихъ зависитъ уже не отъ однихъ объективныхъ явленій, находимыхъ на тѣлѣ потерпѣвшаго, а еще въ большей степени — въ особенности для двухъ послѣднихъ категорій—отъ тѣхъ субъективныхъ ощущеній соматическаго характера, причиненіе которыхъ составляетъ главную цѣль преступныхъ актовъ этого порядка. Дѣло

врача-эксперта опредѣлить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ наличность и характеръ обоихъ моментовъ—объективнаго и субъективнаго,—изъ совокупности которыхъ и складывается квалификація даннаго преступнаго дѣянія.

При выработкѣ уголовнаго уложенія 22-го марта 1903 года редакціонная комиссія удѣлила большое вниманіе вопросу о тѣлесныхъ поврежденіяхъ и ихъ классификаціи. Въ результатѣ, вмѣсто пестраго разнообразія терминовъ дѣйствующаго уложенія, въ уголовномъ уложеніи мы встрѣчаемъ лишь „тѣлесное поврежденіе“ (ст. 467, 468 и 469) и „нанесеніе удара или иного насильственнаго дѣйствія, нарушившаго тѣлесную неприкосновенность“ (ст. 475). Нельзя, однако же, сказать, чтобы эта упрощенная классификація много выиграла въ ясности сравнительно съ дѣйствующимъ уложеніемъ: „нанесеніе удара или иное насильственное дѣйствіе“ съ честью замѣнило „иное поврежденіе“ стараго уложенія. Не будь этого, уложеніе 22-го марта 1903 года вполнѣ примкнуло бы къ Германскому уголовному уложенію, которое признаетъ лишь одинъ родъ посягательствъ на тѣлесную неприкосновенность—тѣлесное поврежденіе (Körperverletzung).

Если обратиться, наконецъ, къ уст. угол. суд., то мы видимъ въ его постановленіяхъ различное отношеніе къ освидѣтельствованію живыхъ лицъ съ одной стороны, и мертвыхъ тѣлъ—съ другой. Ст. 349 устава даетъ довольно детальныя указанія на то, что подлежитъ опредѣленію со стороны врача-эксперта при освидѣтельствованіи поврежденій. Именно, въ ней говорится, что „при изслѣдованіи ранъ, побоевъ, увѣчья, членовредительства, оскопленія, изнасилованія, поврежденій въ здоровьѣ“... и тому подобныхъ послѣдствій преступныхъ дѣяній, судебный врачъ опредѣляетъ по возможности: 1) свойство поврежденія и вліяніе его на здоровье свидѣтельствуемаго лица; 2) средства, употребленныя при насиліи или поврежденіи и 3) давно ли произведено насиліе или въ недавнее время.

Согласно этой статьѣ врачъ-экспертъ даетъ отвѣтъ на три кардинальныхъ и наиболѣе важныхъ для юриста вопроса, а именно: во 1-хъ, что причинено данному лицу въ смыслѣ нарушенія его тѣлесной неприкосновенности; всесторонняя судебно-медицинская оцѣнка даннаго поврежденія даетъ судьѣ прочную опору для точной квалификаціи даннаго преступнаго дѣянія.

Опредѣляя, далѣе, „средства, употребленныя при насиліи или поврежденіи“, врачъ отвѣчаетъ на второй кардинальный вопросъ,

какимъ образомъ было нанесено данное поврежденіе. Если отвѣтъ на первый вопросъ имѣетъ въ виду прежде всего объектъ преступленія, то отвѣтъ на второй вопросъ въ свою очередь представляетъ громадную важность по отношенію къ субъекту преступленія. Это станетъ вполнѣ яснымъ, если мы расчленимъ только что поставленный общій вопросъ на тѣ болѣе мелкіе вопросы, на которые врачу-эксперту приходится обычно отвѣчать въ конкретныхъ случаяхъ. Такого рода обычными вопросами являются слѣдующіе: 1) каково было орудіе, посредствомъ котораго нанесено данное поврежденіе? 2) Нанесено ли инкриминируемое поврежденіе даннымъ орудіемъ? 3) Какъ было пущено въ ходъ повреждающее орудіе? И 4) въ какомъ положеніи другъ къ другу находились нападающій и жертва въ моментъ нанесенія поврежденія? Каждый изъ этихъ вопросовъ можетъ имѣть на практикѣ рѣшающее значеніе въ смыслѣ установленія какъ наличности самаго преступленія, такъ и его квалификаціи.

Третій и послѣдній вопросъ, который ставитъ судебному врачу 349 ст. уст. угол. суд., касается времени нанесенія даннаго поврежденія. На этотъ вопросъ врачъ можетъ, на основаніи ряда объективныхъ признаковъ, дать вполнѣ удовлетворительный отвѣтъ.

Не таково отношеніе нашего закона къ освидѣтельствованію мертвыхъ тѣлъ: о послѣднемъ уставъ почти молчитъ. Правда, значеніе этого пробѣла могло бы быть ослаблено при дѣйствительномъ примѣненіи ст. 333 того же устава, содержащей весьма важное указаніе общаго характера,—что „свѣдущія лица, производя освидѣтельствованіе, не должны упускать изъ виду и такихъ признаковъ, на которые слѣдователь не обратилъ вниманія, но изслѣдованіе коихъ можетъ привести къ открытію истины“. Къ сожалѣнію, однако, врачъ далеко не всегда можетъ быть увѣренъ въ томъ, что его стремленіе примѣнить на дѣлѣ ст. 333 встрѣтитъ должную оцѣнку и поддержку.

Изъ приведеннаго обзора законоположеній, которыми нормируется у насъ судебно-медицинская экспертиза въ уголовномъ процессѣ, можно видѣть, что, при всѣхъ крупныхъ пробѣлахъ и недостаткахъ ихъ, — въ общемъ, однако, въ теоріи, въ смыслѣ правовыхъ нормъ, различія въ положеніи судебно-медицинской экспертизы, а слѣдовательно, и врачей-экспертовъ, въ Западной Европѣ и у насъ не очень велики. Но картина совершенно измѣнится если мы сравнимъ ту блестящую и выдающуюся роль, ко-

торую фактически играетъ въ западно-европейской судебной практикѣ судебно-медицинская экспертиза, съ той жалкою и печальной ролью, на которую обречена судебно-медицинская экспертиза у насъ. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только подробно ознакомиться съ любымъ заграничнымъ крупнымъ уголовнымъ процессомъ, центръ тяжести котораго заключался въ вопросахъ судебно-медицинскаго характера, и затѣмъ съ аналогичнымъ громкимъ процессомъ изъ нашей криминальной казуистики. Тамъ судебно-медицинская экспертиза, выступившая на сцену съ перваго же момента предварительнаго слѣдствія, во всеоружіи знанія и знакомства со всѣми имѣющимися въ дѣлѣ матеріалами, располагающая всевозможными вспомогательными средствами для производства всякаго рода изслѣдованій, тамъ эта экспертиза убѣдительно и полно освѣщаетъ неясные и непонятные судьямъ явленія и факты. Здѣсь судебно-медицинская экспертиза появляющаяся лишь на судебномъ слѣдствіи и потому парализуемая въ своемъ значеніи всѣми упущеніями и промахами, сдѣланными въ судебно-медицинскомъ отношеніи въ теченіе предварительнаго слѣдствія, здѣсь эта экспертиза обычно сводится къ формальнымъ отвѣтамъ на шаблонные вопросы.

Каковы же причины столь жалкой и печальной роли судебно-медицинской экспертизы въ нашей уголовной практикѣ? Ихъ двѣ: во первыхъ, отсутствіе у насъ института судебныхъ врачей, какъ исключительныхъ спеціалистовъ по судебной медицинѣ, во вторыхъ, поистинѣ феноменальное незнакомство нашихъ юристовъ съ судебной медициной. Оба эти момента тѣсно соприкасаются и обусловливаютъ другъ друга, сливаясь въ одинъ общій порочный кругъ.

Именно, отсутствіе института судебныхъ врачей, другими словами отсутствіе спроса на спеціалистовъ по судебной медицинѣ, ведетъ къ тому, что эта имѣющая столь важное соціальное значеніе медицинская дисциплина у насъ совершенно не развивается и не имѣетъ выдающихся представителей. Поэтому выступленія врачей, какъ судебныхъ экспертовъ, обычно не служатъ ad majorem medicinae gloriam и производятъ далеко не чарующее впечатлѣніе на вольныхъ и невольныхъ слушателей, каковыми являются, конечно, прежде всего юристы. Въ свою очередь судебно-медицинскія знанія, вынесенныя юристами со школьной скамьи, въ большинствѣ случаевъ весьма ничтожны, и потому неудивительно, что при столь неудовлетворительной постановкѣ у насъ

судебно-медицинской экспертизы, они и изъ профессіональной своей практической дѣятельности не почерпаютъ ни необходимаго общаго знакомства съ судебной медициной, ни сколько-нибудь серьезнаго интереса къ самостоятельному изученію этой науки. Итакъ, съ одной стороны, благодаря дефектамъ нашей судебно-медицинской экспертизы, совершенно скрадывается, совершенно не демонстрируется ad oculos все громадное значеніе судебной медицины для уголовнаго процесса.

Съ другой стороны, незнакомство юриста съ судебной медициной совершенно лишаетъ его возможности самостоятельно понять и оцѣнить, что можетъ ему, какъ криминалисту, дать судебная медицина. Вотъ тотъ порочный кругъ, о которомъ мы говорили выше. Каждый криминалистъ знаетъ старинную схематическую формулу кардинальныхъ вопросовъ въ уголовномъ дѣлѣ: Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?

Но лишь рѣдкій криминалистъ знаетъ, что при рѣшеніи каждаго изъ этихъ вопросовъ ему можетъ въ той или иной степени, тѣмъ или инымъ путемъ, существенно помочь врачъ-спеціалистъ по судебной медицинѣ. Врачъ можетъ оказать неоцѣнимыя услуги криминалисту уже однимъ тѣмъ, что въ естественно-научномъ образованіи врача, криминалистъ найдетъ крайне желательный коррективъ своему историко-догматическому образованію. Благодаря этому обстоятельству явленія и факты и неспеціальнаго характера могутъ получить иное и при томъ болѣе правильное освѣщеніе и объясненіе. Вообще, криминалисты въ своихъ стремленіяхъ къ открытію истины не должны лишать себя такого превосходнаго вспомогательнаго средства, такого могучаго орудія, какимъ является судебная медицина настоящаго времени.

По окончаніи доклада открылись пренія.

Г. Б. Сліозбергъ указываетъ, что въ докладѣ не проведено различія между собственно врачебной экспертизой и экспертизой судебно-медицинской, какъ особой спеціальностью. Между тѣмъ различіе это весьма существенно: первая ничѣмъ не отличается отъ любой экспертизы, и къ ней пригоденъ всякій врачъ, обладающій достаточной научно-медицинской подготовкой; для судебно-медицинской же экспертизы такая подготовка недостаточна: здѣсь требуется еще особый опытъ и знаніе, касающееся не столько опредѣленія настоящаго и будущаго, сколько правильной оцѣнки прошлаго, — словомъ,

здѣсь необходимъ спеціалистъ — судебный врачъ. Къ этой экспертизѣ собственно и должны относиться положенія докладчика о печальномъ состояніи у насъ судебно-медицинской экспертизы и объ учрежденіи института судебныхъ врачей, какъ мѣрѣ къ улучшенію этого состоянія. Между прочимъ, докладчикъ ужъ слишкомъ пессимистически рисуетъ это состояніе по сравненію съ положеніемъ судебно-медицинской экспертизы въ Зап. Европѣ. Дѣло въ томъ, что положеніе это опредѣляется не столько крупными всемірными процессами, сколько общимъ уровнемъ экспертизы въ обычныхъ, рядовыхъ процессахъ. Если же имѣть въ виду не „громкіе“, исключительные процессы, а обыденные случаи изъ повседневной криминалистической практики, то разница въ состояніи судебно-медицинской экспертизы за границей и у насъ едва ли ужъ окажется столь велика: недостатки, конечно, встрѣчаются тутъ и тамъ. Нужно, впрочемъ, замѣтить, что у насъ нерѣдко сами врачи виноваты въ томъ, что судьи не считаются съ ихъ экспертизой. Такъ, напримѣръ, эксперты часто считаютъ возможнымъ признать наличность тяжкихъ ранъ въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій явился въ судъ, и никакихъ тяжкихъ поврежденій въ дѣйствительности у него не оказывается. Съ точки зрѣнія практика-юриста такая исключительно-ретроспективная оцѣнка тяжести причиненнаго поврежденія представляется явно односторонней и противорѣчащей требованіямъ жизни. Врачи въ этомъ случаѣ берутъ на себя слишкомъ много, произвольно расширяя свою задачу, какъ экспертовъ, и не считаясь съ дѣйствительностью.

О. О. Грузенбергъ раздѣляетъ всецѣло положенія докладчика, вопреки указаніямъ предыдущаго оппонента. Роль врача-эксперта въ судѣ громадна, она приближается по своему значенію къ роли судьи. Нельзя сопоставлять, какъ это дѣлаетъ Г. Б. Сліозбергъ, врачебную экспертизу съ другой, напр., химической, технической и т. п. экспертизой: ко всякой иной экспертизѣ можно подготовиться въ теченіе болѣе или менѣе короткаго времени; между тѣмъ какъ для врачебной экспертизы необходима предварительная естественно-научная подготовка. И законъ сознаетъ это исключительное значеніе врачебной экспертизы и потому и удѣляетъ судебному врачу такое вниманіе. Вѣдь спросить врача, „тяжкая или легкая рана“, значитъ въ сущности фактически перенести на него

судейскую работу, заставить его рѣшать чисто-юридическій вопросъ о квалификаціи даннаго дѣянія. Что касается указанія предыдущаго оппонента на неправильное и одностороннее пониманіе экспертами-врачами своей задачи, то оно едва ли справедливо: напротивъ, можно съ гораздо большимъ основаніемъ указать на непониманіе и невнимательное отношеніе къ судебнымъ врачамъ со стороны защитниковъ и даже судей, въ томъ числѣ и присяжныхъ засѣдателей. Это непониманіе и проистекающія отсюда недоразумѣнія и столкновенія могутъ быть устранены лишь въ томъ случаѣ, если, съ одной стороны, мы, не-врачи, откажемся отъ мысли конкуррировать въ вопросахъ экспертизы съ врачами, а съ другой стороны, уровень нашихъ знаній по судебной медицинѣ будетъ поднятъ на извѣстную высоту, на которой сдѣлается возможнымъ хотя бы лишь правильное пониманіе отвѣтовъ врача-эксперта.

И. И. Люблинскій, касаясь замѣчаній О. О. Грузенберга, подчеркиваетъ принципіальное различіе между ролью врача-эксперта и ролью судьи. Предоставляя врачу вложить конкретное содержаніе въ понятія „тяжкая рана“ и т. п., законъ, несомнѣнно, отводитъ ему весьма важное мѣсто въ уголовномъ процессѣ. Однако, судейская роль опредѣляется не этимъ, а обязательностью даннаго заключенія. И едва ли самъ О. О. Грузенбергъ рѣшился бы пойти такъ далеко, чтобы отстаивать такую обязательность судебно-медицинской экспертизы. Съ другой стороны, неправъ Г. Б. Сліозбергъ, полагая, что тяжесть поврежденія должна опредѣляться единственно по имѣющимся налицо результатамъ. Такой критерій едва ли былъ бы цѣлесообразенъ и повелъ бы къ неравенству и несправедливости, ставя нерѣдко квалификацію дѣянія въ зависимость отъ случайныхъ постороннихъ обстоятельствъ, какъ своевременное правильное лѣченіе, хорошій уходъ и т. п. Конечно, и теорія потенціальной оцѣнки въ чистомъ видѣ представляетъ крайности. Наиболѣе цѣлесообразнымъ является правильное сочетаніе обѣихъ точекъ зрѣнія: потенціальной оцѣнки и наличныхъ результатовъ.

Что касается идеи учрежденія института судебныхъ врачей (9-й тезисъ доклада), то цѣлесообразность и осуществимость ея вызываютъ различныя сомнѣнія, равно какъ представляется сомнительной и возможность усиленія преподаванія судебной медицины на юридическихъ факультетахъ — въ виду существованія цѣлаго ряда другихъ наукъ болѣе общаго зна-

ченія, до сихъ поръ ждущихъ очереди введенія въ университетское преподаваніе.

Съ другой стороны, нельзя не согласиться съ положеніемъ докладчика о необходимости допущенія врача-эксперта въ любой стадіи производства къ ознакомленію со всѣмъ матеріаломъ даннаго дѣла.

Любопытно, между прочимъ, что въ Англіи должность коронера, производящаго слѣдствіе по дѣламъ объ убійствѣ въ качествѣ судьи въ громадномъ большинствѣ случаевъ занимаетъ врачъ спеціалистъ.

Въ заключеніе слѣдуетъ отмѣтить, что роль судебнаго врача въ уголовномъ правосудіи вообще значительно упала за послѣднее время. Дѣло въ томъ, что въ прежнее время было больше кровавыхъ преступленій, составляющихъ область примѣненія судебно-медицинской экспертизы и въ предѣлахъ этихъ преступленій было больше формальныхъ различій, отъ которыхъ зависѣла тяжесть наказанія; достаточно заглянуть въ болѣе старые кодексы, чтобы видѣть, какъ подробно перечисляются тамъ раны, увѣчья и пр. Въ настоящее же время количество этихъ преступленій все болѣе падаетъ и, въ свою очередь, возрастаетъ все болѣе значеніе такъ называемыхъ интеллектуальныхъ преступленій,—область, въ которой судебно-медицинская экспертиза не находитъ примѣненія; одновременно съ этимъ исчезаетъ и казуистика въ этомъ вопросѣ.

В. Н. Новиковъ указываетъ, что судебно-медицинская экспертиза есть прежде всего институтъ процессуальный, и съ этой точки зрѣнія нашъ уст. уг. суд. не заслуживаетъ той критики, какую мы слышали отъ докладчика. Уставъ въ достаточной мѣрѣ обезпечиваетъ врачу эксперту необходимое сотрудничество и содѣйствіе суда. Между прочимъ, врачъ всегда можетъ просить объ оглашеніи всякихъ имѣющихся въ дѣлѣ актовъ, и упреки докладчика въ этомъ отношеніи по адресу устава несправедливы. Что же касается отмѣченныхъ докладчикомъ случаевъ отсутствія въ дѣлѣ скорбнаго листа, то тутъ вѣдь мы имѣемъ уже дѣло съ преступленіемъ слѣдователя! Вообще же неудовлетворительное состояніе у насъ судебно-медицинской экспертизы обусловлено не недостатками законодательства, а тѣмъ формальнымъ отношеніемъ къ дѣлу — той рутиной, которыя овладѣли всей нашей судебной дѣятельностью и подтачиваютъ въ корнѣ нашъ судебный строй.

Е. М. Кулишеръ, присоединяясь къ замѣчаніямъ О. О. Грузенберга, указываетъ, что послѣдній вовсе не говорилъ о безапелляціонности заключенія эксперта, — что было бы, разумѣется, отрицаніемъ свободной оцѣнки доказательствъ. Онъ лишь требуетъ оцѣнки обоснованной, вооруженной знаніемъ и пониманіемъ, — словомъ, такой оцѣнки, которая, будучи свободна по существу, не была бы „свободна“ отъ логики, отъ убѣдительной мотивировки и, наконецъ, отъ необходимаго уваженія къ заключеніямъ экспертовъ,—что, къ сожалѣнію, столь часто встрѣчается въ нашей криминалистической практикѣ.

Въ видѣ примѣра Е. М. Кулишеръ ссылается на судебно-медицинскую экспертизу, по дѣлу Малинина, разбиравшемуся въ Ревельской Судебной Палатѣ.

О. О. Грузенбергъ защищаетъ высказанный имъ взглядъ на врачебную экспертизу, подвергшійся критикѣ со стороны предыдущихъ оппонентовъ. Основная мысль его заключалась въ томъ, что нельзя допускать въ вопросахъ медицинской экспертизы какого-то соперничества между юристами (въ частности судьями) и врачами. Такая неравная конкурренція между голымъ „здравымъ смысломъ“ съ одной стороны и научно-подкрѣпленнымъ и технически-вооруженнымъ знаніемъ съ другой — ненормальна и недопустима. Конечно, онъ не имѣлъ въ виду требовать формальной обязательности для суда заключеній эксперта: это значило бы воскрешать давно оставленную всѣми формальную теорію доказательствъ.

Но вѣдь въ Англіи, напримѣръ, гдѣ, какъ и у насъ, разумѣется, нѣтъ формальныхъ доказательствъ, уголовный процессъ, однако, знаетъ доказательства легальныя. Основная мысль его и сводится къ необходимости признать медицинскую экспертизу такимъ доказательствомъ, опровергать которое допустимо лишь на основаніи не менѣе серьезныхъ и обоснованныхъ данныхъ и доказательствъ.

Докладчикъ въ своемъ отвѣтѣ оппонентамъ объяснилъ, что собственно лежащая на немъ задача опроверженія высказанныхъ здѣсь возраженій въ существенномъ выполнена самими же оппонентами, энергично возражавшими другъ другу. Ограничившись поэтому весьма краткими замѣчаніями, онъ, между прочимъ, коснулся указанія одного изъ оппонентовъ о правѣ врача эксперта просить оглашенія всякихъ актовъ: оппонентъ очевидно, не замѣтилъ, что это право является лишь nudum

jus, ибо, не будучи знакомъ съ дѣломъ, экспертъ вѣдь не знаетъ, о какихъ актахъ просить.

Въ заключеніе докладчикъ благодаритъ оппонентовъ за сдѣланныя ими возраженія и дополненія къ докладу. Однако, возраженія эти по существу не опровергли основныхъ положеній его доклада. Во всякомъ случаѣ, главные два тезиса (первый и послѣдній), заключающіе въ себѣ основную мысль доклада о жалкомъ состояніи у насъ судебно-медицинской экспертизы и о необходимости, для поднятія ея уровня, учрежденія института судебныхъ врачей, — эти тезисы, по его мнѣнію, не были поколеблены выслушанными возраженіями.

Предсѣдатель *В. Д. Набоковъ*, указавъ прежде всего на важное, жизненное значеніе затронутыхъ въ докладѣ вопросовъ, отмѣтилъ въ своемъ резюме три наиболѣе существенныхъ практическихъ вывода доклада: во-первыхъ,—необходимость процессуальныхъ улучшеній въ постановкѣ у насъ судебно-медицинской экспертизы; далѣе, — необходимость улучшенія относящейся сюда матеріальной части законодательства, притомъ не только—дѣйствующаго, но и уголовнаго уложенія; наконецъ,—необходимость поднятія уровня знаній по судебной медицинѣ какъ юристовъ — путемъ усиленія преподаванія судебной медицины на юридическихъ факультетахъ, такъ и врачей—путемъ учрежденія института судебныхъ врачей, какъ исключительныхъ спеціалистовъ по судебной медицинѣ. Къ сожалѣнію, основной вопросъ о томъ, что же такое собственно судебная медицина и каково ея отношеніе къ медицинѣ вообще, не затронутъ въ докладѣ и не получилъ надлежащаго освѣщенія и въ преніяхъ. Подъ судебной медициной нельзя понимать какую-то особую науку, самостоятельную спеціальность: какъ нельзя представить себѣ, напримѣръ, какого-то особаго „судебнаго“ столяра, такъ по существу не можетъ быть рѣчи и объ особомъ „судебномъ“ врачѣ, въ отличіе отъ врача вообще. Судебная медицина есть по существу та же медицина вообще, но лишь — въ спеціальномъ примѣненіи ея къ судебнымъ дѣламъ, въ цѣляхъ правосудія. Точно также, напримѣръ, судебная психопатологія не есть какая-то особая научная дисциплина, а отличается отъ общей психопатологіи лишь областью ея примѣненія, каковой является спеціально область уголовныхъ дѣлъ.

Что касается идеи учрежденія института судебныхъ врачей,

какъ исключительныхъ спеціалистовъ по судебной медицинѣ (9-й тезисъ доклада), то теоретически едва ли можно противъ нея возразить что-либо, и ее можно было бы лишь привѣтствовать, если бы не серьезныя, практическія затрудненія, благодаря которымъ осуществимость этого предложенія докладчика представляется сомнительной.

По поводу 6-го тезиса доклада, содержащаго критику уголовнаго уложенія, въ отношеніи установленной послѣднимъ классификаціи насильственныхъ посягательствъ на личность, слѣдуетъ замѣтить, что докладчикъ неправъ, усматривая въ 475 ст. угол. ул. нарушеніе системы и единства классификаціи, построенной, по его мнѣнію, на общемъ понятіи „тѣлеснаго поврежденія“ (467, 468 и 469 стт. угол. ул.). Дѣло въ томъ, что поврежденіе не обнимаетъ вообще всѣхъ видовъ насильственнаго посягательства на личность, иначе говоря, насильственное посягательство на личность не есть обязательно поврежденіе. Уголовное уложеніе поэтому совершенно правильно различаетъ собственно тѣлесныя поврежденія и насиліе, причемъ различіе это строится на весьма существенномъ признакѣ, именно—вліяніи, производимомъ посягательствомъ на здоровье потерпѣвшаго. Впрочемъ, уголовное уложеніе называетъ еще неизгладимое обезображеніе, которое не имѣетъ собственно непосредственнаго отношенія къ здоровью, а имѣетъ скорѣе психологическое значеніе. Конечно, будущее покажетъ, насколько эта классификація отвѣчаетъ требованіямъ жизни. Но въ принципѣ она во всякомъ случаѣ выдержана и послѣдовательна, и докладчикъ напрасно видитъ въ ст. 475 нарушеніе системы классификаціи: такого нарушенія въ дѣйствительности нѣтъ.

Что касается, наконецъ, столь горячо дебатировавшагося въ преніяхъ вопроса о роли врача-эксперта въ уголовномъ процессѣ, то пренія, по этому пункту вышли далеко за предѣлы, намѣченные докладомъ: вѣдь 2-й тезисъ безусловно признаетъ судебно-медицинскую экспертизу лишь „однимъ изъ видовъ судебнаго доказательства“; слѣдовательно, докладчикъ, очевидно, вовсе не имѣлъ въ виду обязательности для суда заключеній экспертовъ, о чемъ такъ оживленно говорилось въ преніяхъ. По существу же, говоря вообще объ обязательности для суда заключеній экспертовъ, необходимо имѣть въ виду, что сплошь и рядомъ заключенія экспертовъ противорѣчатъ

другъ другу, и притомъ не только у насъ, но не менѣе и за границей. Однимъ изъ яркихъ примѣровъ въ этомъ отношеніи можетъ служить дѣло Жанны Веберъ во Франціи, обвинявшейся въ трехъ удушеніяхъ дѣтей. Въ этомъ дѣлѣ между парижскими и провинціальными экспертами каждый разъ обнаруживалось весьма рѣшительное разногласіе. Между прочимъ, классическій примѣръ въ этомъ отношеніи мы находимъ въ романѣ Достоевскаго „Братья Карамазовы", гдѣ увѣковѣчены три взаимно другъ друга исключающія экспертизы.

При такихъ условіяхъ, когда мы чуть не ежедневно встрѣчаемся съ такими разногласіями въ заключеніяхъ экспертовъ, развѣ можно по существу говорить объ обязательности этихъ заключеній? Но и съ принципіальной точки зрѣнія, конечно, такая обязательность непріемлема. Правда, нѣкоторые говорятъ, что въ будущемъ судья вообще исчезнетъ, и его мѣсто займетъ экспертъ: при такомъ предположеніи, разумѣется, обязательность заключеній эксперта представляется логически-естественной и необходимой. Но пока судебная дѣятельность есть функція государственная, о такой обязательности не можетъ быть и рѣчи.

Въ заключеніе предсѣдатель, выражая благодарность докладчику отъ имени собранія, высказалъ пожеланіе, чтобы и впредь вниманію Юридическаго Общества предлагались доклады, затрагивающіе не одни чисто-юридическіе вопросы, но и другіе вопросы, съ ними соприкасающіеся, — послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

16 января 1909 года.

Засѣданіе открыто въ $8^{3}/_{4}$ часовъ вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества *М. М. Винавера*.

Предметомъ занятій послужилъ докладъ дѣйствительнаго члена общества *С. А. Бѣляцкина*: „Кодификація торговаго права отдѣльно отъ гражданскаго".

Положенія доклада заключались въ слѣдующемъ:

1. Разграниченіе въ сферѣ частнаго права областей гражданскаго и торговаго права исторически шло медленно.

2. Торговый оборотъ не укладывается въ рамки гражданскаго права, выростающаго на почвѣ требованій не только хозяйственныхъ, но и идеальныхъ.

3. Особое значеніе обычая въ торговомъ правѣ и стремленіе къ образованію всемірнаго торговаго права указываютъ торговому праву особый путь и особыя задачи.

4. Во всѣхъ европейскихъ странахъ, за исключеніемъ Швейцаріи, имѣются отдѣльные кодексы гражданскаго и торговаго права.

5. Редакторы Гражданскаго Уложенія, включивъ постановленія торговаго права въ отдѣлъ объ обязательствахъ, усвоили неправильную точку зрѣнія.

6. Ни исторія, ни дѣйствующія въ Европѣ законодательства не оправдываютъ сдѣланной на нихъ редакторами ссылки.

7. На западѣ ученые юристы, настаивающіе на введеніи торговаго права въ гражданскій кодексъ, руководились нерѣдко предвзятой мыслью о возможности избавленія такимъ путемъ гражданскаго права отъ традиціонной рутины.

8. Тамъ, гдѣ,—какъ у насъ,—частное право перестраивается на совершенно новыхъ началахъ, нѣтъ, во всякомъ случаѣ, надобности прибѣгать къ этой мѣрѣ.

9. Задача заключается въ томъ, чтобы фиксировать въ законѣ двѣ системы права, фактически уже существующія въ нашей судебной практикѣ.

Слово было предоставлено докладчику *С. А. Бѣляцкину*, содержаніе доклада котораго, сводится въ основныхъ чертахъ къ слѣдующему:

Процессъ разграниченія въ сферѣ частнаго права областей гражданскаго и торговаго права исторически совершался весьма медленно. Люди сравнительно рано пришли къ сознанію раздѣльности публичнаго и частнаго права, но нужны были продолжительное время и относительно высокая степень цивилизаціи для эмансипаціи торговаго права отъ гражданскаго. Полное же завершеніе этого процесса достигнуто лишь въ новѣйшее время.

Но и понынѣ допускается нерѣдко смѣшеніе институтовъ торговаго и гражданскаго права, и въ настоящее время мы встрѣчаемъ среди юристовъ немало противниковъ автономіи торговаго права, принципіально отвергающихъ ее во имя единства частнаго права. Этотъ принципъ единства частнаго права на первый взглядъ представляется весьма заманчивымъ, но въ дѣйствительности онъ не оправдывается существомъ и взаимоотношеніемъ обѣихъ областей частнаго права, глубоко различныхъ какъ по характеру и тенденціи лежащихъ въ ихъ основѣ общихъ принциповъ, такъ и по преобладающимъ въ нихъ источникамъ правовыхъ нормъ.

Такъ, во-первыхъ, гражданское право выростаетъ на почвѣ не однѣхъ хозяйственныхъ потребностей, но и идеальныхъ стремленій, пріобрѣтающихъ все большее вліяніе на развитіе институтовъ гражданскаго права. Торговое же право создается чисто хозяйственными, и притомъ специфическими, потребностями торговаго оборота, который не укладывается въ рамки гражданскаго права. Далѣе, въ силу тѣхъ же потребностей торговаго оборота, торговое право, въ отличіе отъ національнаго характера гражданскаго права, проникнуто все болѣе растущимъ стремленіемъ къ универсальности, къ выработкѣ всемірнаго торговаго права.

Во-вторыхъ, въ гражданскомъ правѣ—особенно съ разви-

тіемъ конституціонныхъ учрежденій, дающихъ возможность массѣ непосредственно вліять на законодательство,—законъ все болѣе завоевываетъ доминирующее значеніе въ качествѣ источника права, постепенно вытѣсняя обычай. Въ торговомъ же правѣ обычай игралъ и играетъ особую первенствующую роль: торговый обычай, торговые нравы—вотъ истинный законодатель въ области торговаго права.

Изложенныя различія торговаго и гражданскаго права постепенно привели къ сознанію необходимости автономіи торговаго права, въ формѣ отдѣльной отъ гражданскаго права его кодификаціи. Уже въ Римѣ появились зародыши такой автономіи—въ формѣ jus gentium, широко пріютившаго различные торговые институты международнаго значенія, а также—въ формѣ спеціальныхъ постановленій торговаго характера: о дѣятельности банковъ, о торговомъ мореплаваніи и т. п.

Въ средніе вѣка съ развитіемъ на развалинахъ римской культуры оживленной торгово-промышленной дѣятельности возникаютъ и получаютъ широкое развитіе такъ называемые usus mercatorum, изъ которыхъ складываются самостоятельныя нормы торговаго права, частью впослѣдствіи получившія въ формѣ ордонансовъ Людовика XIV, законодательную санкцію. Позже объединеніе и кодификація торговыхъ обычаевъ, между прочимъ, и—вошедшихъ, въ названные ордонансы, привели къ созданію code de commerce, который, подобно, code civil, былъ значительно углубленъ и усовершенствованъ послѣдующей практикой. Дальнѣйшимъ, рѣшительнымъ шагомъ въ этомъ же направленіи является изданіе нынѣшняго германскаго кодекса торговаго права (Handelsgesetzbuch) 1907 г., который, несмотря на сильную агитацію въ пользу объединенія частнаго права, провелъ полную эмансипацію торговаго права отъ гражданскаго. Въ настоящее время вся Европа, за исключеніемъ лишь Швейцаріи, рѣшительно перешла къ системѣ дуализма, т. е. отдѣльныхъ кодексовъ торговаго и гражданскаго права. Въ виду этого, ученые споры между дуалистами и приверженцами единаго кодекса въ европейской литературѣ сохранили въ значительной степени лишь академическій интересъ. Не то у насъ, гдѣ въ виду предстоящей въ болѣе или менѣе близкомъ будущемъ реформы нашего гражданскаго кодекса, вопросъ этотъ пріобрѣтаетъ особый практическій интересъ.

Какъ же отнеслись къ этому вопросу наши редакторы

гражданскаго уложенія? Они отказались отъ дуализма, включивъ постановленія торговаго права въ отдѣлъ объ обязательствахъ. Однако, торговое право содержитъ немало институтовъ, выходящихъ изъ рамокъ обязательственнаго права, равно какъ и послѣднее заключаетъ въ себѣ институты, чуждые торговому праву. Что же касается доводовъ редакторовъ уложенія противъ дуализма, то несмотря на обиліе этихъ доводовъ, ихъ нельзя признать убѣдительными. Доводы эти двоякаго рода: историческіе и теоретическіе.

Редакторы полагаютъ, во-первыхъ, что самое возникновеніе автономнаго торговаго права исторически-случайно и объясняется тѣмъ, что въ средніе вѣка система гражданскаго права обособилась отъ римскаго обязательственнаго права—что и привело къ созданію независимыхъ нормъ торговаго права. Это, однако, не совсѣмъ справедливо, такъ какъ въ дѣйствительности, какъ уже упомянуто, истиннымъ творцомъ самостоятельныхъ нормъ торговаго права въ средніе вѣка были торговые обычаи—такъ называемые usus mercatorum. Неубѣдительна также ссылка редакторовъ на историческія традиціи русскаго законодательства, и въ частности на авторитетъ Сперанскаго, въ пользу единаго кодекса. Этотъ аргументъ—ссылка на историческіе традиціи и авторитеты—вообще лишенъ внутренней цѣнности и пускается обыкновенно въ ходъ, когда хотятъ отстаивать устарѣвшіе формы и институты права противъ назрѣвшихъ потребностей,—противъ требованій прогресса. Къ тому же цѣна этого довода хорошо извѣстна: цѣлыя статьи нашихъ законовъ есть не что иное, какъ дословный переводъ съ иностраннаго. Это особенно убѣдительно доказано въ трудахъ нынѣшняго предсѣдателя гражданскаго отдѣленія М. М. Винавера. Ни графъ Сперанскій, ни другіе не представляли себѣ дѣло такъ, какъ оно выясняется теперь.

Редакторы ссылаются, далѣе, на примѣръ Англіи, гдѣ, по ихъ словамъ, не существуетъ различій между торговымъ и гражданскимъ правомъ, а также—на примѣръ Швейцаріи и даже нижней Канады, придерживающихся системы единаго кодекса. Но не говоря о томъ, что ссылка на Англію мало убѣдительна въ виду своеобразнаго характера и развитія англійскаго права,—и въ Англіи мы видимъ существенныя различія между торговымъ правомъ и гражданскимъ. Таково, напримѣръ, въ судѣ отношеніе къ торговому обычаю, для установленія

котораго въ отличіе отъ прочихъ обычаевъ не требуется предварительнаго подтвержденія судебнымъ рѣшеніемъ. Что же касается Швейцаріи и нижней Канады, то въ этихъ странахъ отличительной чертой гражданскаго права является его коммерсіализація, т. е. проникновеніе его меркантильнымъ духомъ, по характеру весьма сближающимъ его съ торговымъ правомъ. Тѣмъ не менѣе, и швейцарскіе юристы признаютъ, что единый кодексъ не устраняетъ, а лишь замаскировываетъ существующія различія.

Теоретическіе доводы редакторовъ сводятся, главнымъ образомъ, къ указаніямъ на трудность опредѣленія понятій торговой сдѣлки и т. п. На это можно возразить, что торговая сдѣлка, какъ сдѣлка купца, совершенная въ предѣлахъ его профессіи, не вызываетъ неясностей и недоразумѣній. Затрудненія касаются лишь сдѣлокъ между лицами не торговаго сословія, слѣдовательно—ничтожнаго процента сдѣлокъ, составляющихъ область торговаго права. Во всякомъ случаѣ, трудность проведенія границы между торговымъ и гражданскимъ правомъ отнюдь еще не говоритъ въ пользу сліянія двухъ различныхъ по духу и задачамъ областей права.

Кромѣ изложенныхъ доводовъ редакторовъ, есть еще доводъ политическаго характера, нерѣдко выдвигаемый на Западѣ въ пользу объединенія гражданскаго и торговаго права. Такъ итальянскій юристъ Vivante утверждаетъ, что дуализмъ мѣшаетъ прогрессу гражданскаго права, способствуя сохраненію въ немъ отсталыхъ традицій и принциповъ; объединеніе же гражданскаго права съ торговымъ должно оказать на него благотворное вліяніе въ смыслѣ большаго проникновенія гражданскаго права принципами соціальной справедливости. Однако, не говоря о томъ, что въ борьбѣ за прогрессъ и за соціальную справедливость такая мѣра, какъ объединеніе двухъ кодексовъ, явилась бы лишь палліативомъ (предполагая даже, что она имѣла бы въ этомъ смыслѣ извѣстное значеніе), у насъ, въ теперешнихъ условіяхъ, этотъ доводъ теряетъ даже эту относительную свою цѣнность, ибо мы находимся наканунѣ коренной перестройки частнаго права на новыхъ началахъ, и потому намъ, понятно, нѣтъ надобности прибѣгать къ такому косвенному способу улучшенія гражданскаго права. Но и вообще слѣдуетъ сказать, что искусственное объединеніе двухъ по существу разнородныхъ областей права такъ же мало можетъ

быть оправдано ссылками на традиціи какъ и противоположной тенденціей—косвенно содѣйствовать этимъ путемъ прогрессу гражданскаго права. Suum cuique—вотъ истинная основа прогресса и, въ частности,—развитія правовыхъ институтовъ. Это не исключаетъ, конечно, взаимодѣйствія между обѣими областями частнаго права. Напротивъ, такое взаимодѣйствіе столь же полезно, сколько и неизбѣжно. Какъ на примѣры такого взаимодѣйствія можно указать съ одной стороны на постановленія о несовершеннолѣтнихъ, заимствованныя торговымъ правомъ у гражданскаго, а съ другой—на расширеніе правъ женщинъ и нормы о третейскомъ судѣ, проникшія изъ торговаго права въ область гражданскаго. Но фактъ наличности и желательности такого взаимодѣйствія отнюдь не говоритъ въ пользу смѣшенія и насильственнаго объединенія двухъ разныхъ по духу и задачамъ областей права.

Необходимо издать и у насъ отдѣльный кодексъ торговаго права. Для этого необходимо прежде всего дать въ законѣ систему общихъ и основныхъ понятій торговаго права, уничтоживъ такимъ образомъ ту частую чрезполосицу опредѣленій, которая, при отсутствіи въ законѣ общихъ понятій торговаго права, какъ „купецъ“, „фирма“ и т. п., составляетъ крупный пробѣлъ нашего законодательства. И такъ какъ въ судебной нашей практикѣ фактически уже существуютъ двѣ системы права, то законодателю остается лишь фиксировать ихъ въ законѣ путемъ кодификаціи торговаго права отдѣльно отъ гражданскаго.

Вопросъ о торговыхъ судахъ, возникающій въ связи съ вопросомъ объ отдѣльной кодификаціи торговаго права, имѣетъ для насъ также непосредственное практическое значеніе въ виду существованія у насъ коммерческихъ судовъ. Автономное торговое право, конечно, потребовало бы и особой системы торговыхъ судовъ. Напротивъ, объединеніе торговаго и гражданскаго права въ единомъ кодексѣ—„Гражданскомъ Уложеніи“—повлекло бы, разумѣется, за собой и упраздненіе существующихъ коммерческихъ судовъ,—о чемъ нельзя было бы не пожалѣть въ виду того, что коммерческіе суды, благодаря особой организаціи, представляютъ весьма желательный типъ суда, удачно совмѣщающій въ себѣ, съ одной стороны, начало добраго стараго процесса съ его стремленіемъ къ матеріальной истинѣ, а съ другой—начало формальнаго процесса съ его принципомъ автономной личности.

По окончаніи доклада открылись пренія.

В. М. Нечаевъ указываетъ, что вопросъ объ отдѣльной кодификаціи торговаго права принадлежитъ къ числу тѣхъ вопросовъ, которые всегда возбуждаютъ живой интересъ. Но центръ тяжести этого вопроса лежитъ не въ сферѣ общихъ аргументовъ за и противъ такой кодификаціи: составъ этихъ аргументовъ, можно сказать, уже исчерпанъ въ наукѣ, и центръ тяжести вопроса перемѣстился въ область конкретныхъ соображеній, — вопросъ долженъ рѣшаться съ точки зрѣнія практической цѣлесообразности.

Къ сожалѣнію, надежда оппонента—услышать отъ юриста-практика именно такого рода практическія соображенія, не оправдалась, и докладчикъ представилъ лишь обзоръ общихъ аргументовъ, давъ имъ притомъ не всегда правильное освѣщеніе. Такъ, по вопросу о разграниченіи понятій торговаго и гражданскаго права докладчикъ, очевидно, не считается съ сущностью затрудненія: послѣднее заключается въ томъ, что, какъ справедливо замѣчаетъ Дернбургъ, не существуетъ вообще торговой сдѣлки, какъ таковой. Старая французская точка зрѣнія — объективная, оказалась вполнѣ несостоятельной, и пришлось поэтому перейти къ точкѣ зрѣнія субъективной, но послѣдняя не устраняетъ затрудненія, ибо при ближайшемъ разсмотрѣніи сдѣлки, въ ней сказывается два существенныхъ элемента: отношеніе лицъ, ее заключавшихъ, и значеніе сдѣлки, перешедшей къ третьимъ лицамъ. Послѣдній элементъ и создаетъ для субъективной теоріи торговыхъ сдѣлокъ непреодолимое затрудненіе.

Далѣе, докладчикъ противопоставляетъ торговое право гражданскому, какъ универсальное національному. Но это—лишь слова, не соотвѣтствующія дѣйствительному положенію вещей. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ построеніе гражданскихъ отношеній не принимаетъ на нашихъ глазахъ универсальнаго характера?— напримѣръ, семейныя отношенія и даже вещное право, не говоря уже объ обязательственномъ, которое, можно сказать, коммерціализировалось? Тенденція къ всемірности есть общая черта гражданскихъ правовыхъ отношеній, все усиливающаяся съ ростомъ культуры, а отнюдь не отличительная особенность торговаго права.

Столь же неправильно противопоставленіе торговаго и гражданскаго права по ихъ объекту, именно: съ одной стороны—

потребности торговаго оборота, чисто-хозяйственная сфера, съ другой—нравственныя и идеальныя начала. Но, вѣдь, и сферу гражданскаго права преимущественно составляютъ несомнѣнно имущественныя отношенія. А съ другой стороны—развѣ и въ торговомъ правѣ нравственное начало „справедливости", „доброй совѣсти" и т. п. (особенно, напримѣръ, въ безформенныхъ сдѣлкахъ) не играетъ крупной, все болѣе растущей роли?

Напрасно, наконецъ, докладчикъ говоритъ о совершившейся будто бы эмансипаціи торговаго права отъ гражданскаго—такой „эмансипаціи" въ дѣйствительности нѣтъ, и въ этомъ убѣждаетъ насъ хотя бы новѣйшій германскій торговый кодексъ, въ которомъ такая масса статей кончается ссылкой на §§ гражданскаго уложенія.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ нельзя не согласиться съ мнѣніемъ редакторовъ гражданскаго уложенія о необоснованности дуализма и о предпочтительности единаго кодекса.

Ф. А. Вальтеръ защищаетъ редакторовъ гражданскаго уложенія отъ нападокъ докладчика. По вопросу о возникновеніи самостоятельнаго торговаго права въ средніе вѣка редакторы правильно видятъ причины этого возникновенія въ исторически случайномъ стеченіи обстоятельствъ. Именно, съ появленіемъ и развитіемъ городскихъ статутовъ въ средніе вѣка, гражданское право, и преимущественно обязательная его часть, обособилось отъ римскаго права и, благодаря сословному характеру городского населенія получило форму самостоятельнаго торговаго права. Впослѣдствіи этотъ сословный характеръ торговаго права былъ уничтоженъ возникшимъ опять-таки случайно code de commerce, придавшимъ торговому праву общій, безсословный характеръ.

Неправильны, далѣе, по существу сдѣланныя докладчикомъ противопоставленія гражданскаго и торговаго права. Предыдущій оппонентъ указалъ уже, что стремленіе къ универсальности есть черта не одного лишь торговаго права; къ этому можно добавить, что національныя особенности прогрессивно убываютъ въ слѣдующемъ порядкѣ: наибольшему ихъ вліянію подвергаются семейныя отношенія, далѣе слѣдуютъ наслѣдственныя, потомъ — вещныя отношенія и, наконецъ, менѣе всего отражаютъ на себѣ эти черты обязательственныя и торговыя отношенія. Очевидно, что для противопоставленія въ этомъ смыслѣ гражданскаго и торговаго права нѣтъ основаній.

Вообще, если бы въ дѣйствительности существовали то принципіальное различіе и даже противоположность тенденцій, какія докладчикъ находитъ между гражданскимъ и торговымъ правомъ, то очевидно, что эта противоположность должна была все болѣе углубляться и найти свое отраженіе прежде всего въ общей части двухъ кодексовъ. Между тѣмъ, именно въ общихъ частяхъ гражданскаго и торговаго права мы видимъ обратное явленіе, и, напримѣръ, общая часть германскаго торговаго права, бывшая въ старомъ торговомъ уложеніи довольно богатой и полной, въ новомъ торговомъ кодексѣ чрезвычайно сократилась. Также и отдѣльные институты, какъ Wegvertrag, Meklervertrag, Anweisung (delegatio), относящіеся къ торговому праву, помѣщены въ гражданскомъ кодексѣ.

По поводу ссылки докладчика на примѣръ всей Европы, перешедшей къ системѣ двухъ кодексовъ, слѣдуетъ замѣтить, что фактъ этотъ самъ по себѣ ничего не доказываетъ, а, напротивъ, нуждается самъ въ оправданіи. Въ этомъ отношеніи мы находимся именно въ болѣе благопріятномъ положеніи, чѣмъ другія націи, такъ какъ мы можемъ воспользоваться ихъ опытомъ, подвергнувъ его тщательной провѣркѣ.

Если, такимъ образомъ, нѣтъ никакихъ принципіальныхъ основаній противъ единаго кодекса, то вопросъ объ одномъ или же двухъ кодексахъ, очевидно, долженъ быть признанъ вопросомъ простой цѣлесообразности. Съ этой точки зрѣнія на первый взглядъ можетъ показаться, что система отдѣльнаго торговаго кодекса представляетъ извѣстныя преимущества. Но если, какъ то мы видимъ въ германскомъ торговомъ кодексѣ, масса статей послѣдняго кончается стереотипной ссылкой на соотвѣтствующій § гражданскаго уложенія, находящій въ данномъ случаѣ „соотвѣтственное примѣненіе“, причемъ это примѣненіе вызываетъ „соотвѣтственныя“, подчасъ весьма серьезныя затрудненія, то эти кажущіяся преимущества и выгоды отдѣльнаго кодекса оказываются довольно сомнительными. Практичнѣе поэтому представляется общій единый кодексъ.

Б. Н. Канъ, присоединяясь къ мнѣнію предыдущихъ оппонентовъ противъ системы двухъ кодексовъ, касается вопроса о торговыхъ, въ частности — нашихъ коммерческихъ судахъ. Докладчикъ, повидимому, идеализируетъ эти суды, видя въ нихъ какое-то счастливое сочетаніе и примиреніе разныхъ началъ процесса. Въ дѣйствительности же, если коммерческіе

суды и функціонируютъ болѣе или менѣе сносно и противъ нихъ не раздается особыхъ протестовъ, то это именно потому, что никакого особаго судопроизводства въ нихъ нѣтъ и что они въ дѣйствительности слѣдуютъ не устарѣлымъ нормамъ торговаго права и судопроизводства, а общимъ законамъ. Но въ такомъ случаѣ существованіе этихъ судовъ теряетъ свой raison d'être, а въ особенности существованіе 3-хъ судовъ на всю Россію не можетъ быть ничѣмъ оправдано. Такая привилегія, хотя бы и сомнительная, для трехъ городовъ на 150-милліонную страну—во всякомъ случаѣ, является аномаліей и несправедливостью.

Предсѣдатель *М. М. Винаверъ* указываетъ, что основная тенденція доклада, заключающаяся въ противоположеніи и обособленіи гражданскаго права, какъ „національнаго", отъ торговаго права, общечеловѣческаго, прежде всего отдаетъ старымъ романтизмомъ.

Плодотворные періоды развитія права совпадали въ исторіи именно съ тѣми моментами, когда право эмансипировалось отъ узкихъ національныхъ особенностей и стремилось стать общечеловѣческимъ. Поэтому тенденція къ такому сознательному обособленію par force гражданскаго права, во имя сохраненія національныхъ особенностей, представляется съ точки зрѣнія общаго прогресса права опасной или, по меньшей мѣрѣ, отсталой.

Итакъ, если бы даже и признать вмѣстѣ съ докладчикомъ, что между гражданскимъ и торговымъ правомъ существуетъ принципіальное различіе, какъ между правомъ „національнымъ" и „универсальнымъ" (съ чѣмъ, однако, нельзя согласиться), то и въ такомъ случаѣ идея ихъ раздѣленія во что бы то ни стало представлялась бы неправильной.

Не болѣе убѣдителенъ и другой аргументъ въ пользу этого раздѣленія, исходящій изъ различія хозяйственнаго начала (въ торговомъ правѣ) и нравственнаго, идеальнаго начала (въ гражданскомъ). Это различіе еще болѣе лишено принципіальнаго характера: докладчикъ не указалъ, да и не укажетъ намъ такихъ принциповъ, которые дѣйствовали бы въ одной изъ этихъ областей и не находили бы примѣненія въ другой. Все сводится, слѣдовательно, лишь къ количественному различію въ этомъ отношеніи между двумя областями частнаго права. Такой же количественный характеръ имѣетъ и третье указанное

докладчикомъ, различіе въ значеніи обычая, какъ источника нормъ, въ гражданскомъ и торговомъ правѣ.

Но, и помимо этихъ чисто-практическихъ соображеній, самый принципъ единства частнаго права нельзя признать желательнымъ и цѣлесообразнымъ. Именно, при томъ рѣзко-меркантильномъ характерѣ, который отличаетъ торговое право отъ гражданскаго, едва ли было бы полезно для гражданскаго права, путемъ конфузіи его съ торговымъ правомъ, усилить вліяніе на него этого послѣдняго. О вредѣ и нежелательности такого вліянія высказывается, между прочимъ, и проф. Петражицкій, убѣжденный сторонникъ дуализма. Результатомъ такого чрезмѣрнаго вліянія торговаго права на гражданское явилась бы коммерсіализація этого послѣдняго, какую мы видимъ въ Швейцаріи,—примѣръ, отнюдь не достойный подражанія. Съ другой стороны, въ виду большей подвижности нормъ торговаго права и болѣе скораго приспособленія ихъ къ требованіямъ жизни, нежелательно и съ точки зрѣнія торговаго права связывать его судьбу съ гражданскимъ правомъ. Конечно, взаимодѣйствіе между торговымъ и гражданскимъ правомъ всегда желательно и неизбѣжно, но въ интересахъ обѣихъ областей частнаго права—ихъ независимость другъ отъ друга и самостоятельное функціонированіе въ формѣ отдѣльныхъ кодексовъ. Взаимное координированіе, но не поглощеніе и сліяніе — таково единственно правильное рѣшеніе даннаго вопроса.

Что касается вопроса о коммерческихъ судахъ, то онъ не играетъ, вообще, существенной роли въ докладѣ и затронутъ лишь мимоходомъ, причемъ, конечно, не имѣлось въ виду отрицать необходимость для этихъ судовъ реформъ, какъ, напр., организація инстанцій и т. п. Тѣмъ не менѣе, самый типъ этихъ судовъ, съ участіемъ въ нихъ нѣкотораго общественнаго элемента, представляется, вопреки утвержденіямъ оппонента, весьма желательнымъ, благодаря удачному сочетанію въ немъ началъ и принциповъ двухъ разныхъ типовъ процесса: формальнаго и матеріальнаго.

Л. С. Таль, не касаясь доклада (оппонентъ пришелъ по окончаніи доклада), высказывается за единый кодексъ, ссылаясь на примѣръ Остзейскаго края, гдѣ объединеніе торговаго и гражданскаго права въ одномъ кодексѣ оказало весьма благотворное вліяніе на развитіе обѣихъ областей частнаго права. Также и съ теоретической точки зрѣнія болѣе правильнымъ

представляется объединеніе, а не разъединеніе гражданскаго и торговаго права: это можетъ подтвердить всякій преподаватель торговаго права, которому по изложеніи слушателямъ того или другого института всегда приходится пользоваться понятіями и аналогіями изъ области гражданскаго права, какъ наилучшимъ средствомъ для объясненія любого института торговаго права. Такимъ образомъ, едва ли можно представить какія-либо серьезныя основанія, теоретическія или практическія, въ пользу отдѣльной кодификаціи торговаго права.

Закрывая собраніе, *предсѣдатель М. М. Винаверъ* указалъ на своевременность поднятой въ докладѣ темы въ виду близости разсмотрѣнія нашими законодательными учрежденіями проекта гражданскаго уложенія. Докладчикъ заслуживаетъ одобренія за то, что далъ въ сжатой, изящной формѣ обзоръ аргументовъ общаго характера за и противъ автономіи торговаго права. Аргументы эти въ теченіе десятковъ лѣтъ вызывали страстную полемику среди юристовъ и въ настоящее время вновь пріобрѣтаютъ у насъ живой практическій интересъ.

Слѣдуетъ надѣяться, что настоящій докладъ послужитъ началомъ для ряда другихъ докладовъ на эту столь же интересную, сколь и важную тему.

Протоколъ соединеннаго засѣданія гражданскаго и уголовнаго отдѣленій Юридическаго Общества.

14 февраля 1909 года.

Засѣданіе открыто въ $8^3/_4$ часовъ вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества *М. М. Винавера.*

Слово было предоставлено дѣйствительному члену общества *М. И. Кулишеру*, прочитавшему слѣдующій докладъ на тему: „Основы уголовнаго, гражданскаго и торговаго права четыре тысячи лѣтъ назадъ“.

Вплоть до конца XIX вѣка наиболѣе древнимъ памятникомъ законодательства, который имѣется на лицо, являлось библейское законодательство. Существуютъ указанія, что былъ весьма древній египетскій кодексъ, но до сихъ поръ онъ еще не найденъ. Всѣ другіе имѣющіеся писанные законы древнихъ народовъ, между

прочимъ, индусовъ, гораздо болѣе поздняго происхожденія, чѣмъ Библія [1]).

И вотъ въ декабрѣ 1901 года найдена была французской ученой экспедиціей на холму въ Сузѣ (въ Персіи) каменная плита, на которой оказались начертанными клинообразными письменами законы Вавилонскаго царя Гамураби, жившаго за 2.250 лѣтъ до Рождества Христова, слѣдовательно, приблизительно 4.000 лѣтъ тому назадъ. Почти всѣ ассирологи усматриваютъ въ упоминаемомъ въ Библіи царѣ Амрафелѣ, современникѣ Авраама, именно царя Гамураби. На камнѣ, гдѣ начертанъ кодексъ, имѣется и рельефное изображеніе царя, получающаго этотъ кодексъ отъ солнечнаго бога Шамаша. 5 строкъ въ этомъ кодексѣ повреждены. Онѣ обнимаютъ около 35 недостающихъ статей. Нѣкоторыя изъ этихъ статей найдены еще до открытія кодекса Гамураби въ такъ называемой библіотекѣ ассирійскаго царя Ассурбанипала, или, что то же, Сарданапала, состоявшей изъ глиняныхъ дощечекъ. Эти отрывки и наводили на мысль о существованіи кодекса, который и былъ найденъ вдали отъ того мѣста, гдѣ онъ впервые изданъ. Всего въ этомъ кодексѣ 282 статьи, считая въ томъ числѣ и недостающія... Кодексу предшествуетъ предисловіе, и онъ оканчивается довольно пространнымъ послѣсловіемъ. Въ этомъ послѣсловіи сказано, между прочимъ, слѣдующее: „Для того, чтобы сильный не угнеталъ слабаго, для того, чтобы защитить сиротъ и вдовъ, для того, чтобы изречь право страны, дать возможность рѣшать спорныя дѣла, уврачевать нанесенный вредъ, я начерталъ мои драгоцѣнныя слова на камнѣ и поставилъ ихъ предъ моимъ изображеніемъ царя справедливости... Обиженный, который будетъ имѣть дѣло, явится къ моему изображенію—царя справедливости, прочтетъ надпись, внемлетъ моимъ драгоцѣннымъ словамъ, и эта надпись разъяснитъ ему его дѣло, онъ найдетъ на ней свое право, сердце его возликуетъ и онъ скажетъ: Гамураби—властелинъ, который является отцомъ своихъ подданныхъ... На предбудущія времена, навѣки и навсегда. Царь, который будетъ царствовать въ этой странѣ, долженъ соблюдать справедливость, которую я начерталъ на семъ камнѣ; законъ страны, который я далъ, и рѣшеніе, которое я постановилъ, онъ не долженъ отмѣнять, и мой памятникъ не повреждать".

Имѣется уже нѣсколько переводовъ этого кодекса на разныхъ

[1]) Cohn. Die Gesetze Hammurabis (1903), S. 4.

языкахъ: Шеля, Винклера, Давида Миллера и др.; между прочимъ, начало русскаго перевода (до 169 ст.) проф. А. Г. Гусакова появилось въ „Извѣстіяхъ С.-Петербургскаго Политехническаго Института“ [1]). Этотъ переводъ на поляхъ снабженъ указаніями на аналогичныя постановленія Библіи и русскихъ законодательныхъ памятниковъ.

I.

Перейдемъ къ содержанію кодекса. Утверждаютъ, что въ расположеніи статей въ этомъ кодексѣ нѣтъ никакой системы, что между ними нѣтъ логической связи, что переходы отъ одного предмета къ другому являются произвольными, что гражданское и уголовное право не отдѣлены другъ отъ друга и т. д. [2]).

Несомнѣнно, что той системы, которую ищутъ, въ этомъ кодексѣ нѣтъ, но за то въ немъ есть своя система, т. е. та система, которая присуща большинству древнихъ кодексовъ, какъ указалъ Мэнъ [3]).

Это—сборникъ судебныхъ казусовъ и постановленій, состоявшихся по данному предмету. Судъ происходилъ предъ вратами храма [4]) и, слѣдовательно, наиболѣе важнымъ казусомъ въ такомъ судилищѣ являлось посягательство на божество въ видѣ обвиненія въ волшебствѣ и колдовствѣ. Первыя двѣ статьи и относятся къ этому обвиненію. Обвиненіе провѣряется посредствомъ такъ называемаго Божьяго суда—ордаліей, испытаніемъ водою. Потонувшій признается виновнымъ, оставшійся невредимымъ признается невиннымъ, обвинитель предается казни, и его имущество переходитъ къ обвиняемому.

Испытаніе водою примѣняется и въ случаѣ обвиненія замужней женщины въ прелюбодѣяніи. Въ 132 ст. сказано: если на чью-либо жену указываютъ перстомъ, что она находится въ сожительствѣ съ другимъ лицомъ, но она не настигнута спящею съ нимъ, то она должна броситься въ рѣку (для оправданія передъ мужемъ).

Божій судъ посредствомъ испытанія холодною водою существовалъ и въ Индіи, но правило, дѣйствовавшее въ Вавилоніи по

---

[1]) Т. I, 1904 г., стр. 100 и сл.

[2]) Jeremias, Moses u. Hammurabi (Leipzig, 1903), S. 8. Cohn. S. 9.

[3]) Древній законъ и обычай. Русск. пер. Москва, 1884 г., стр. 285 и сл

[4]) Thurnwald, Staat und Wirtschaft in Babylon zu Hammurabis Zeit, въ Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 1903, November, S. 664.

этому предмету, оттуда не заимствовано, ибо въ Индіи этотъ Божій судъ примѣнялся въ формѣ, сравнительно болѣе нелѣпой, а именно, въ той формѣ, которая существовала въ средніе вѣка въ Европѣ до очень поздняго времени—до XVII вѣка—и которая заслужила одобреніе ученаго, но придурковатаго англійскаго короля Якова I въ его „Демонологіи". По воззрѣніямъ, господствовавшимъ въ Индіи и въ Европѣ, выходило, что невинный долженъ тонуть, а виновный плавать, ибо чистая стихія воды чурается безбожника и выбрасываетъ его; напротивъ, невинный погружается въ воду (innoxii submerguntur aqua, culpabiles supernatant) [1]).

Отъ этихъ постановленій прямой переходъ вообще къ обвинителямъ—свидѣтелямъ происшествія, въ случаѣ неправильнаго обвиненія ими кого-либо въ преступномъ дѣяніи, а затѣмъ къ судьѣ, вынесшему неправильное рѣшеніе. Свидѣтели-обвинители подвергаются тому же наказанію, какое понесъ бы обвиняемый, а судья подвергается тяжелому штрафу и извергается публично изъ состава суда. Объ этомъ и трактуютъ ст. 3—5.

Уже Гриммъ указалъ на то, что въ болѣе ранніе періоды исторіи свидѣтели происшествія въ сущности являются не только обвинителями, но и судьями, ибо отъ ихъ показанія зависитъ приговоръ [2]). Именно въ виду такого значенія свидѣтелей-очевидцевъ, въ виду той роли, которую они играли въ процессѣ, ложный оговоръ со стороны свидѣтелей былъ равносиленъ неправильному осужденію. Этимъ и объясняется то жестокое отношеніе, которое проявляетъ древній законодатель къ лжесвидѣтелямъ.

Общая характеристика всѣхъ приведенныхъ до сихъ поръ статей, та, что онѣ относятся къ судопроизводству. Этимъ, какъ указываетъ Мэнъ, обыкновенно и начинаются всѣ древніе кодексы, т. е. въ той или иной формѣ, въ различныхъ варіаціяхъ они трактуютъ о судѣ, объ обвиненіи или, что то же, объ искѣ [3]).

Непосредственно за этими статьями идетъ рядъ статей (6—25), относящихся къ воровству—кражѣ имущества, присвоенію чужого имущества, при чемъ сюда относятся и кража малолѣтняго сына, и удержаніе сбѣжавшаго раба. Въ связи съ кражей идетъ рѣчь о грабежѣ (22—24) и кражѣ во время пожара (25). Отмѣтимъ тутъ же, что и въ Салическомъ законѣ (Lex Salica) тотчасъ же

---

[1]) Lea. Superstition and Force. (Philadelphia 1870), p. 247—260. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, S. 923—925.

[2]) Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer, S. 858, 785.

[3]) Мэнъ, стр. 285, 287, 292, 294 и др.

за первымъ титуломъ, касающимся судопроизводства, идетъ рядъ титуловъ о воровствѣ-кражѣ (furtum).

Не подлежитъ сомнѣнію, что воровство-кража въ томъ обширномъ смыслѣ, въ какомъ она трактуется въ кодексѣ Гамураби, была однимъ изъ главныхъ предметовъ судебнаго разбирательства и поэтому она и стоитъ на первомъ планѣ въ кодексѣ Гамураби. Дѣло въ томъ, что воровствомъ-кражей признается по кодексу нахожденіе чьего-либо имущества въ чужомъ владѣніи, если переходъ имущества не совершенъ публично въ присутствіи свидѣтелей и старшинъ.

О характерѣ этихъ статей можно судить по слѣдующимъ. Если тотъ, у кого пропала какая-либо вещь, сказано въ 9 ст. кодекса Гамураби, найдетъ ее у другого лица, и если это лицо, у котораго найдено пропавшее, скажетъ: я купилъ вещь у продавца, предъ старѣйшинами я заплатилъ за нее, и, если съ другой стороны, собственникъ пропавшей вещи скажетъ: я приведу свидѣтелей, знающихъ мою пропавшую вещь, то покупщикъ долженъ привести продавца, который ему продалъ вещь, и старѣйшинъ, предъ которыми онъ купилъ ее, а собственникъ пропавшей вещи долженъ привести свидѣтелей, знающихъ пропавшую вещь. Судья долженъ изслѣдовать ихъ показанія, старѣйшины, предъ которыми цѣна уплачена, и свидѣтели, знающіе пропавшую вещь, должны свидѣтельствовать предъ Господомъ. Тогда продавецъ признается воромъ и предается смерти, собственникъ пропавшей вещи получаетъ ее обратно, а деньги, уплаченныя покупщикомъ, возмѣщаются изъ имущества продавца. Но если покупщикъ не приведетъ продавца и старѣйшинъ, предъ которыми онъ заплатилъ, собственникъ же пропавшей вещи приведетъ видока, то покупщикъ признается воромъ и подвергается смерти, собственнику же возвращается пропажа. Но если собственникъ пропавшей вещи видока не приведетъ, то онъ злонамѣренный, онъ оклеветалъ и долженъ быть убитъ (ст. 10—11). Дальше предусмотрѣнъ случай смерти продавца еще до окончанія дѣла. Тогда приходится ограничиться штрафомъ изъ имущества умершаго (ст. 12), предусмотрѣнъ и случай, когда старѣйшинъ, предъ которыми совершена продажа, нѣтъ на лицо,—тогда судья долженъ назначить срокъ въ 6 мѣсяцевъ. Если чрезъ 6 мѣсяцевъ старѣйшины не явятся, то сославшійся на нихъ злонамѣренный. Какой карѣ онъ подвергается, трудно понять изъ перевода 13 статьи.

Съ обязанностью отвѣтчика оправдываться въ возведенномъ

на него обвиненіи въ кражѣ и доказывать, у кого, гдѣ и при какихъ условіяхъ онъ пріобрѣлъ вещь, мы встрѣчаемся и въ средневѣковыхъ кодексахъ. И тамъ владѣлецъ вещи долженъ указать продавца и свидѣтелей, при которыхъ продажа совершена. И тамъ необходимость подобныхъ доказательствъ законнаго пріобрѣтенія имущества обусловливалась тѣмъ, что переходъ вещи отъ одного лица къ другому долженъ былъ совершаться публично—на рынкѣ (in market overt) и, во всякомъ случаѣ, при наличности свидѣтелей. Тамъ, гдѣ этихъ условій не было, вещь считалась добытой воровствомъ—кражей [1]).

Однородныя правила имѣются и въ Русской Правдѣ, и въ Псковской Судной грамотѣ. Въ 32 ст. Русской Правды (Троицк. сп.) сказано: если кто-нибудь купилъ что-либо краденое, то пусть выведетъ два свободныхъ мужа или мытника, которые подтвердятъ, что онъ дѣйствительно купилъ [2]). Это значило „итти на сводъ“ или на „изводъ“ по Пск. Судн. Грам., т. е. выслѣживать, гдѣ и у кого куплена вещь. Во всякомъ случаѣ, краденая вещь должна быть возвращена собственнику ея [3]).

Есть, однако, и различіе между правилами, дѣйствовавшими въ средніе вѣка, и законани Гамураби по данному предмету. По средневѣковымъ кодексамъ обвинитель ничего не долженъ доказывать, а между тѣмъ можетъ случиться, что вещь дѣйствительно украдена, но не у даннаго лица. По кодексу Гамураби и на обвинителѣ лежитъ бремя доказательства въ этомъ отношеніи.

Изъ постановленій о грабежѣ заслуживаютъ вниманія слѣдующія. Если грабитель не схваченъ, сказано въ 23 ст., то ограбленный долженъ предъявить притязаніе предъ Господомъ, и тогда то поселеніе и тотъ сельскій старшина, на землѣ котораго и въ предѣлахъ вѣдѣнія котораго совершенъ грабежъ, должны возмѣстить убытокъ. Если захвачены люди, сказано въ слѣдующей 24 ст., то поселеніе и сельскій старшина обязаны уплатить родственникамъ 1 мину серебра. Очевидно, эти постановленія находятся въ связи съ обязанностью общины охранять миръ въ предѣлахъ данной мѣстности и являться на зовъ всякаго, на кого совершено нападеніе. Такъ, по крайней мѣрѣ, объясняютъ существованіе однороднаго правила у франковъ и англо-саксовъ въ

---

[1]) Jenks, Law and Politics in the middle ages, London, 1898, p. 199, 200.

[2]) Сергѣевичъ, Лекціи и изслѣдованія, стр. 259.

[3]) Русск. Пр. (Акад. сп. 13, 15). Пск. Суди. Гр., 46, 54, 56. Сергѣевичъ ibid., стр. 401—402.

средніе вѣка. Представители сотни (centena, hundred) обязаны были во главѣ своей сотни преслѣдовать воровъ и грабителей въ случаѣ необходимости и за предѣлами сотни. Если имъ удавалось захватить этихъ лихихъ людей, то они получали половину денежной виры, полагавшейся за воровство; если же виновники ускользнули, то вся сотня, въ предѣлахъ поселенія которой былъ совершенъ грабежъ или гдѣ преслѣдуемый воръ и грабитель былъ укрытъ, обязана была возмѣстить потерпѣвшему стоимость похищеннаго [1]).

Изъ приведенныхъ постановленій видно, что отвѣтственность общины за воровство и грабежъ вытекала не только изъ обязанности ея преслѣдовать всякое нарушеніе мира, но и изъ предположенія, господствовавшаго въ тѣ времена, что нападеніе на посторонняго человѣка и его имущество (на *своихъ* въ тѣ времена не нападаютъ) могло быть учинено лишь при прямомъ или косвенномъ содѣйствіи самой общины. Это косвенное содѣйствіе заключается въ томъ, что, зная о совершившемся, община укрываетъ виновника, не выдаетъ его и этимъ самымъ принимаетъ на себя возмѣщеніе причиненнаго вреда. Это положеніе вполнѣ подтверждается постановленіями „Русской Правды“ и уставныхъ грамотъ позднѣйшаго времени о дикой вирѣ, которую уплачиваетъ вервь (община) за убійства, совершенныя въ ея предѣлахъ. Платитъ та вервь, гдѣ голова лежитъ, и платитъ не только, когда убійцы нѣтъ, но и тогда, когда онъ на лицо [2]).

Дальнѣйшія статьи кодекса Гамураби (26—42) также относятся къ присвоенію чужого имущества, но при особыхъ условіяхъ.

Рѣчь идетъ о служилыхъ людяхъ, которымъ отведена земля или данъ скотъ съ условіемъ несенія воинской службы. Вотъ къ какому времени приходится отнести зачатки ленной, феодальной или, что то же, помѣстной системы.

При обиліи громадныхъ пространствъ пустыхъ земель въ то время, когда возникъ феодализмъ, съ одной стороны, въ Европѣ, а, съ другой стороны, въ Вавилоніи, трудно объяснить, какъ могло возникнуть зависимое положеніе вассаловъ отъ синьоровъ, благодаря раздачѣ земель. Въ виду этого Мэнъ давно уже указалъ, на основаніи данныхъ изъ ирландскихъ древнихъ законовъ,

---

[1]) Schröder. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig, 1902, S. 123. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig, 1892, II S. 147 Anm. 37.

[2]) Русск. Правда (Троицк. спис.), ст. 3, 4, Сергѣевичъ. Лекціи и изслѣдованія, 1899, стр. 307.

что эта зависимость возникаетъ не столько вслѣдствіе раздачи земель, сколько вслѣдствіе раздачи предводителями племенъ и храмами скота—орудія земледѣльческаго производства, который въ то же время представляетъ собою и деньги, и пищу, и одежду [1]). Вавилонскій кодексъ спеціально упоминаетъ среди предметовъ, благодаря которымъ устанавливается служебная зависимость, именно скотъ, при чемъ это имущество является неотчуждаемымъ. Въ 35 ст. сказано: если кто-либо купитъ у служилаго военнаго человѣка рогатый или мелкій скотъ, который ему данъ царемъ, то онъ теряетъ свои деньги. Точно также признается, согласно 36 ст., неотчуждаемымъ поле, огородъ и усадьба служилаго военнаго человѣка и чиншевого владѣльца. Сдѣлки объ отчужденіи этихъ предметовъ, совершенныя служилымъ человѣкомъ съ другимъ лицомъ, признаются недѣйствительными, или, какъ сказано въ 37 ст., договорныя таблички о покупкѣ ломаются, покупатель теряетъ свои деньги, а поле, огородъ и усадьба возвращаются хозяину ихъ.

Предусматривается въ кодексѣ случай, когда обязавшійся службой своего обязательства не исполняетъ, оказывается „въ нѣтяхъ", какъ говорилось у насъ, и замѣняетъ себя другимъ лицомъ. Кромѣ кары, онъ лишается усадьбы въ пользу того, кто его замѣнялъ (ст. 27). Попутно предусматривается случай перехода такого владѣнія къ сыну служилаго человѣка, если онъ попалъ въ плѣнъ (ст. 28).

Встрѣчаемъ мы среди этихъ постановленій, относящихся къ владѣнію служилыхъ людей, и запрещеніе передавать подобное владѣніе женѣ или дочери (ст. 38), очевидно, потому, что онѣ не въ состояніи исполнять условіе объ отбываніи службы, а также запрещеніе продавать за долги, а попутно указывается и на то, что купленный участокъ и усадьбу (куплю) можно передать женѣ и дочери и продавать за долги (ст. 39).

Съ этими правилами не лишнее сопоставить постановленія о помѣстномъ владѣніи, дѣйствовавшія у насъ въ XVII вѣкѣ. Ст. 1 главы XVII Уложенія Алексѣя Михайловича гласитъ: „Кого не станетъ, а послѣ его останется жена бездѣтна, да послѣ того же останутся братья родные и двоюродные и родъ: и тѣ вотчины давать въ родъ того умершаго, кого не станетъ, братьямъ роднымъ и двоюроднымъ и въ родъ, кто кому ближе. А женамъ

[1]) Maine, Lectures on the early history of institutions, London. 1889 (5 изд.), p. 142.

тѣхъ умершихъ, которые останутся бездѣтны, давать имъ изъ животовъ ихъ четверть на приданое. А до родовыхъ и до выслуженныхъ вотчинъ имъ дѣла нѣтъ, опричь купленныхъ вотчинъ". Впрочемъ, по Уложенію вотчина переходитъ и къ дочери при отсутствіи сыновей.

Вернемся къ кодексу Гамураби. Несмотря на неотчуждаемость служилаго владѣнія, оно все-таки можетъ перейти по давности въ пользованіе другого лица. А именно, если служилый забросилъ участокъ, огородъ и усадьбу, а другой фактически пользовался ими въ теченіе трехъ лѣтъ, то владѣніе первому не возвращается и оставляется у того, кто имъ завладѣлъ (ст. 30). Изъ правила о неотчуждаемости такого владѣнія имѣется изъятіе. Оно можетъ быть отчуждено на правахъ пользованія, а не собственности, другому ленному владѣльцу, а также „тамкару". Это очень любопытная фигура, заслуживающая вниманія. Тамкаръ то же, что арабское „тагиръ"—купецъ, но онъ является представителемъ храма или царя, совершаетъ сдѣлки отъ ихъ имени, хотя и получаетъ участіе въ прибыляхъ [1]). Этотъ древній купецъ подобно нашему „гостю", слѣдовательно, тоже служилый человѣкъ. Съ его операціями намъ придется еще встрѣтиться.

Мелькомъ нами уже было упомянуто о документѣ купли-продажи въ видѣ таблички. Мы увидимъ дальше (ст. 48), что существовали въ Вавилоніи и долговыя таблички, дарственные (165, 178—179) и вообще письменные документы. Объ этомъ фактѣ было извѣстно и раньше по найденнымъ при раскопкахъ экземплярамъ разныхъ сдѣлокъ, но преобладающее значеніе письменныхъ сдѣлокъ въ гражданскомъ и торговомъ оборотѣ древняго Вавилона выясняется только изъ опредѣленій кодекса.

Мы знаемъ о существованіи въ Римѣ литеральныхъ обязательствъ (literarum obligatio) и табличекъ расходовъ и получекъ (tabulae expensi et accepti). Но свѣдѣнія объ этихъ письменныхъ обязательствахъ столь скудны, что изъ нихъ трудно получить ясное понятіе объ условіяхъ, способствовавшихъ возникновенію этихъ обязательствъ, и о роли, которую онѣ играли въ римской жизни [2]).

Оказывается, что задолго до грековъ и римлянъ вавилоняне совершали письменныя сдѣлки, при чемъ многія изъ нихъ сохра-

---

[1]) Winckler, Die Gesetze Hammurabis, Leipzig. 1903, S. 15, Anm. 2.

[2]) Maine, Ancient Lago, London, 1891. (14 изд.), p. 330—331. (Есть и русск. переводъ).

нились до нынѣшняго времени, между тѣмъ какъ греческія и римскія исчезли. Іерингъ въ своемъ посмертномъ сочиненіи объ исторіи, предшествовавшей появленію индо-европейцевъ, объясняетъ причину этого факта: употреблявшіяся въ Греціи и Римѣ деревянныя таблички сгнили, а бронзовыя были переплавлены и употреблены для другихъ цѣлей, между тѣмъ вавилонскія таблички изъ обожженной глины и изъ камня сохранились до нынѣшняго времени. „Дикія орды, которыя сравняли съ землею Вавилонъ и другіе города, не трогали камней, какъ никому не нужныхъ. Камень сохранился, благодаря тому, что онъ не имѣлъ никакой цѣны, для металла цѣна его имѣла роковое значеніе“ [1]). Іерингъ указываетъ и на то, что совершеніе сдѣлокъ въ письменной формѣ на табличкахъ перешло въ Грецію, а затѣмъ и въ Римъ отъ вавилонянъ черезъ посредство финикіянъ. Онъ указываетъ, между прочимъ, на совпаденіе между формою совершенія сдѣлокъ въ Вавилоніи и Римѣ [2]).

Несмотря на повальную безграмотность всѣхъ слоевъ средневѣковаго общества, несмотря, далѣе, на то, что возможность установленія права посредствомъ такого абстрактнаго способа, какъ составленіе письменнаго документа, чуждо средневѣковому человѣку, подобные документы, однако, стали совершаться весьма рано, благодаря воздѣйствію римскаго права. Сначала этотъ документъ имѣлъ такое же значеніе, какъ и глыба земли, взятая съ пріобрѣтаемаго участка, какъ и вѣтка, срываемая съ дерева, растущаго на этомъ участкѣ,—словомъ, значеніе символа пріобрѣтенія, присоединяемаго къ другимъ символамъ, но съ теченіемъ времени требованіе о совершеніи письменнаго документа—cartula, усвоенное лангобардскимъ закономъ, получаетъ примѣненіе во всей средневѣковой Европѣ и пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе документа, устанавливающаго извѣстное право [3]).

Уже эта краткая схема развитія письменности въ житейскомъ оборотѣ въ средніе вѣка показываетъ, что и постановленія вавилонскаго кодекса о письменныхъ документахъ были, несомнѣнно, результатомъ долговременнаго предшествовавшаго развитія. Объ этомъ же свидѣтельствуютъ и постановленія о служебномъ владѣніи.

---

[1]) Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer, Leipzig, 1894, S. 172—174
[2]) Ihering. ibid., S. 258—259.
[3]) Jenks, ibid., p. 276—279. Schröder, ibid, S. 295.

II.

Читая статьи вавилонскаго кодекса о служиломъ владѣніи, мы какъ будто читаемъ опредѣленія, относящіяся къ ленному или помѣстному владѣнію [1]). И въ Европѣ въ средніе вѣка, и въ Вавилоніи въ очень отдаленныя отъ насъ времена земледѣльческія общины, объединенныя завоеваніемъ, нуждаются въ служиломъ классѣ, преимущественно для военныхъ цѣлей, и въ созданіи источника для его существованія, которымъ и является земля или скотъ. Введеніемъ этой системы бенефицій, какъ указалъ, между прочимъ, Дженксъ [2]), и начинается разрушеніе системы группового (общиннаго) владѣнія землею, подкапываніе земельной общины, ибо не только появляется масса лицъ, владѣющихъ на иномъ правѣ, чѣмъ общинники, но именно въ интересахъ помѣстныхъ владѣльцевъ, а также гостей, завѣдывающихъ имуществомъ храмовъ, возникаетъ группа лицъ, воздѣлывающихъ ихъ землю, съемщики ихъ земель подъ разными наименованіями, если владѣльцы не имѣютъ достаточнаго числа рабовъ. Именно поэтому, можетъ быть, кодексъ Гамураби переходитъ отъ указаннаго вида пользованія землею или скотомъ подъ условіемъ службы къ другимъ видамъ пользованія чужою землею или скотомъ, къ арендѣ и залогу (ст. 42—52), а затѣмъ къ отношеніямъ, вызываемымъ сосѣдствомъ, потопленіемъ луговъ, потравой ихъ скотомъ, устройствомъ плотины (ст. 53—58). Изъ общихъ правилъ объ арендѣ выдѣленъ рядъ статей объ арендѣ огородовъ и о взаимномъ отношеніи между хозяиномъ и огородникомъ или садовникомъ (ст. 59—65).

Кодексъ знаетъ и случай отдачи земли въ наемъ съ дѣлежемъ дохода (скопщину), и случай взиманія опредѣленной арендной платы и предусматриваетъ послѣдствія этихъ двухъ видовъ найма. Если, сказано въ 45 ст., кто-либо отдаетъ для обработки свою землю за опредѣленный доходъ (чиншъ) и плата ему внесена, а затѣмъ наступаетъ неблагопріятная погода и уничтожаетъ жатву, то вредъ, причиненный несчастіемъ, падаетъ на съемщика. Если же, сказано въ 46 ст., онъ не получаетъ опредѣленнаго дохода за свое поле, а сдалъ его за половину или третью

---

[1]) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 415 и слѣд. Jenks, Law and Politics, p. 216 и слѣд.

[2]) Jenks, Law and Politics, pp. 217, 218.

часть, то хозяинъ земли и съемщикъ дѣлятъ между собою жатву сообразно ихъ долѣ.

Это тѣ же два разряда арендаторовъ, которыхъ мы встрѣчаемъ въ средніе вѣка. Изъ второго разряда, уплачивающаго опредѣленную арендную плату,—firmarius'a, образуется впослѣдствіи фермеръ [1]). Но кромѣ этихъ арендаторовъ въ средніе вѣка имѣется и группа съемщиковъ, соотвѣтствующихъ вавилонскому садовнику или огороднику, которые и въ средневѣковыхъ актахъ именуются соотвѣтствующими названіями [2]): Casati, Köter, Gärtner, Häusler и т. д.

Прутцъ въ своей „Культурной исторіи крестовыхъ походовъ" указываетъ на то, что франки, водворившіеся въ Сиріи, были поражены сходствомъ между феодальнымъ строемъ общества въ Европѣ и тѣмъ, который они нашли въ Сиріи. Не только войска, но и вообще служилые люди содержали себя доходами съ отведенныхъ имъ участковъ земли. Раздача земель въ качествѣ леновъ господствовала и среди магометанъ, какъ до крестовыхъ походовъ, такъ и въ этомъ періодѣ. „Читая списокъ лицъ, говоритъ онъ, которымъ пожалованы лены, и переданныхъ имъ имуществъ, сообщаемые намъ однимъ арабскимъ историкомъ, можно думать, что мы имѣемъ предъ собою средневѣковый ленный списокъ, по которому европейскій феодальный властелинъ дѣлитъ между своими вассалами пріобрѣтенныя ихъ оружіемъ земли". Тѣмъ не менѣе Прутцъ отвергаетъ возможность заимствованія феодальныхъ институтовъ изъ Азіи и утверждаетъ, что аналогичныя учрежденія эти возникли самостоятельно и независимо другъ отъ друга [3]). Но если принять во вниманіе фактъ существованія феодализма въ Вавилоніи въ очень отдаленныя времена, если, далѣе, принять въ соображеніе, что черезъ 2000 лѣтъ послѣ изданія кодекса Гамураби, а именно въ III вѣкѣ по Р. Х., очевидцы, жившіе въ Вавилоніи, свидѣтельствовали объ окаменѣвшемъ тамъ феодальномъ строѣ [4]), то наблюденія, сдѣланныя крестоносцами въ XI и XII вѣкѣ, явятся, какъ мнѣ кажется, дополнительнымъ доказательствомъ того, что между Азіей и Европой существовало взаимодѣйствіе по отношенію къ обще-

[1]) Jenks, ibid. p. 218.
[2]) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 425, 452. Jenks, p. 217.
[3]) Prutz, Kulturgeschichte der Kreuzzüge, Berlin, 1883, S. 42.
[4]) Funk, Die Judenin Babylonien (200—500), Berlin, 1902, S. 15, 17.

ственному строю задолго до крестовыхъ походовъ, какъ это утверждалъ давно уже историкъ провансальской поэзіи Форіель [1]).

Въ томъ же отдѣлѣ кодекса, гдѣ трактуется объ арендѣ, имѣются весьма любопытныя статьи объ обезпеченіи долга недвижимымъ имуществомъ—полемъ, подлежащимъ посѣву. Оказывается, что если собственникъ отдалъ кредитору поле съ тѣмъ, чтобы онъ произвелъ посѣвъ и воспользовался жатвой, то все-таки жатва должна быть отдана собственнику поля, а послѣдній уже отъ себя долженъ дать кредитору столько хлѣба, сколько слѣдуетъ за занятую имъ сумму вмѣстѣ съ процентами на эту сумму и расходами по обработкѣ поля (ст. 49). Въ 48 ст. предусматривается случай, когда кто-либо имѣетъ процентный долгъ, а буря уничтожила жатву или вслѣдствіе наводненія посѣвъ не взошелъ. Въ такомъ случаѣ, сказано въ этой статьѣ, должникъ въ этомъ году не долженъ дать кредитору жатвы, его долговая табличка должна быть размягчена въ водѣ, и проценты за этотъ годъ съ него не взыскиваются. Повидимому, и это постановленіе относится къ случаю обезпеченія долга пахотнымъ полемъ, ибо при неуплатѣ долга вообще кодексомъ Гамураби установлено долговое рабство (ст. 115). Въ сущности, залога въ собственномъ смыслѣ тутъ нѣтъ, а есть зачатки залога, то, что въ lex Bajuvarium называется quasi pignum — „donare quasi pro pignore qualemcunque rem“ [2]). Именно для того, чтобы избавиться отъ долгового рабства, повидимому, прибѣгали къ такому способу закрѣпленія обѣщанія уплаты. Впослѣдствіи изъ него развился залогъ.

Приведемъ здѣсь еще нѣкоторыя постановленія, относящіяся къ отношеніямъ сосѣдства. Если, сказано въ 53 ст., кто-либо настолько лѣнивъ, что не держитъ въ исправности своей плотины, и если вслѣдствіе этого плотина прорывается и сосѣдняя нива затопляется водою, то тотъ, чья плотина прорвалась, обязанъ вознаградить за погибшій хлѣбъ. Если онъ не въ состояніи этого сдѣлать, то онъ и его имущество продается, и сосѣди, поля которыхъ затоплены, дѣлятъ выручку (ст. 54). Ст. 57 устанавливаетъ вознагражденіе хозяина земли скотовладѣльцемъ за допущеніе пастьбы скота на чужомъ полѣ безъ согласія хозяина. Объ

---

[1]) Fauriel, Histoire de la poèsie provencale, III, p. 41.

[2]) Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, Braunschweig, 1872, III, S. 288, Anm. 35.

отвѣтственности за поврежденіе имущества трактуетъ множество статей въ кодексѣ Гамураби, и намъ придется еще коснуться этого предмета въ общей связи.

Вслѣдъ за недостающими 35 статьями идутъ статьи о договорѣ коменды (100—108). Попали сюда, повидимому, за неимѣніемъ другого мѣста и нѣсколько статей о продажѣ вина или, вѣрнѣе, о корчмахъ. Но, за исключеніемъ этихъ статей, всѣ остальныя тѣсно связаны. Въ нихъ идетъ рѣчь о долговыхъ требованіяхъ, о долговомъ рабствѣ, о поклажѣ (112—126).

Договоръ коменды, какъ свидѣтельствуютъ о немъ средневѣковые источники, заключается въ томъ, что лицо, владѣющее капиталомъ—товаромъ, деньгами, кораблемъ (commendator, socius stans), остающееся дома, даетъ другому лицу, большею частью путешествующему (portator, commendatarius), этотъ капиталъ для оборотовъ на чужбинѣ, или—какъ обыкновенно выражались въ средніе вѣка—для работы этимъ капиталомъ (portat laboratum). Въ болѣе раннія времена участіе капиталомъ только одностороннее, впослѣдствіи встрѣчается и двустороннее. При одностороннемъ участіи капиталомъ страхъ несетъ въ случаѣ несчастья (periculum) комендаторъ. Онъ является хозяиномъ предпріятія, даетъ обязательныя инструкціи и получаетъ отъ лица, которое онъ ссудилъ капиталомъ, точный и подробный разсчетъ [1]).

Въ такомъ видѣ договоръ коменды является въ іерусалимскихъ ассизахъ, составленныхъ въ XII вѣкѣ. Таковъ договоръ коменды и по вавилонскому кодексу.

Въ послѣднемъ отношенія по договору коменды характеризуются слѣдующими постановленіями. Если купецъ (гость) далъ кому-либо деньги для торговаго оборота въ другомъ мѣстѣ, и это лицо потерпѣло убытокъ, то оно обязано возвратить купцу только взятый у него капиталъ (ст. 102). Если во время пути на него напалъ непріятель и у него отнято было то, что онъ возилъ, то онъ долженъ присягать предъ Богомъ и свободенъ отъ отвѣтственности (ст. 103). Въ деньгахъ, которыя коробейникъ (повидимому, рѣчь идетъ именно о лицѣ, занимающемся разносною торговлею) даетъ купцу, онъ обязанъ получить расписку. Если онъ этого не сдѣлалъ, расписки не получилъ, то онъ не можетъ ссылаться на такіе платежи въ своемъ разсчетѣ (ст. 104,

---

[1]) Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart, 1891. S. 259—261, 264.

105). Тѣмъ не менѣе, 107 ст. даетъ коробейнику возможность оградить себя отъ притязаній купца, если онъ возвратилъ ему всѣ деньги, а тотъ отрицаетъ полученіе какихъ-либо платежей. Онъ можетъ обличить купца во лжи предъ Богомъ и старѣйшинами, и въ такомъ случаѣ купецъ подвергается штрафу въ размѣрѣ шестикратной суммы того, что онъ получилъ.

Еще до открытія кодекса Гамураби, Ревилью утверждалъ, что институтъ коменды существовалъ въ Вавилоніи [1]). Онъ же утверждалъ, что римское право заимствовало элементы этого института черезъ финикіянъ отъ вавилонянъ и египтянъ. Гольдшмидтъ отнесъ все это къ области миѳа и сновъ, главнымъ образомъ, въ виду того, что никакихъ осязательныхъ данныхъ относительно того, что было въ Вавилоніи и что перешло къ финикіянамъ, не осталось [2]). Теперь и Гольдшмидту, вѣроятно, пришлось бы признать, что не только типическое содержаніе разныхъ сдѣлокъ торговаго оборота, какъ онъ признаетъ, было создано вавилонянами, а за ними египтянами, финикіянами и греками, но что и самыя правила, нормировавшія эти сдѣлки, уже возникли въ Вавилоніи. Однако путь, по которому эти постановленія перешли въ средневѣковую Европу, не тотъ, который указанъ Ревилью. Постановленія іерусалимскихъ ассизовъ, повидимому, прямо заимствованы отъ арабовъ-сарациновъ, которые примѣняли вавилонскій кодексъ.

Остановимся еще на нѣкоторыхъ правилахъ о поклажѣ.

Поклажа должна совершаться публично, т. е. долженъ быть заключенъ договоръ въ присутствіи старѣйшинъ. При отсутствіи договора требованіе о возвратѣ поклажи не можетъ быть осуществлено (ст. 122, 123). Если кто-либо отдалъ другому на сохраненіе вещи и онѣ были похищены, вслѣдствіе взлома или грабежа, вмѣстѣ съ вещами хозяина, то все-таки хозяинъ въ виду нерадѣнія его обязанъ возмѣстить все, что ему дано на сохраненіе. При этомъ поклажепринимать въ правѣ отыскивать похищенное имущество и такимъ образомъ вознаградить себя за понесенный ущербъ.

Библейское законодательство, напротивъ, приравниваетъ случай похищенія и кражи ко всякой случайности. Если кто, сказано

---

[1]) Revillout, Les obligations en droit Egyptien, Paris, 1886, p. 422. Goldschmidt, ibid., S. 255.

[2]) Goldschmidt, ibid., S. 38, 52.

въ Библіи, отдастъ ближнему на сохраненіе серебро или вещи, и онѣ украдены будутъ изъ дома его, то, если найдется воръ, пусть онъ заплатитъ вдвое. А если не найдется воръ, пусть хозяинъ дома придетъ передъ судей (и поклянется), что не простеръ руки своей на собственность ближняго своего (2 кн. Моис. 22, 7—8). Эти именно постановленія о поклажѣ, повидимому, заимствованы и Швабскимъ и Саксонскимъ Зерцалами. Хранитель долженъ присягнуть, что въ данномъ случаѣ на немъ не было вины, и онъ, освобождается отъ отвѣтственности [1]).

III.

Изъ обзора, сдѣланнаго до сихъ поръ, видно, что тамъ гдѣ, не было внутренней связи между статьями кодекса, оказывался внѣшній поводъ для того, чтобъ помѣстить въ данномъ мѣстѣ то или иное постановленіе. Но переходъ отъ 126 ст. къ 127 ст., дѣйствительно, нельзя ничѣмъ мотивировать. 126 статьею заканчиваются опредѣленія о поклажѣ, а 127 статьею начинается рядъ опредѣленій, касающихся цѣломудрія женщинъ, адюльтера, злонамѣреннаго оставленія жены мужемъ и мужа женою, расторженія брака, сожительства съ рабой, установленія брака и вытекающихъ изъ него имущественныхъ отношеній какъ между супругами, такъ между ними и дѣтьми при жизни и на случай смерти. Съ этими предметами связанъ и вопросъ объ усыновленіи и о положеніи пріемышей. Уже изъ приведеннаго перечисленія статей отъ 127 до 195 видно, что тутъ сгруппированы всѣ постановленія о семейномъ правѣ въ связи съ преступленіями противъ цѣломудрія и о наслѣдственномъ правѣ. Здѣсь передъ нами довольно правильная, даже на нашъ взглядъ, классификація нормъ.

О бракѣ посредствомъ похищенія кодексъ нигдѣ не упоминаетъ, невѣста покупается. Но внесеніемъ платы бракъ не считается совершеннымъ. Въ 159 и слѣдующихъ статьяхъ кодекса предусматривается возможность отказа отъ брака съ обѣихъ сторонъ уже по внесеніи платы, но съ различными послѣдствіями: если женихъ отказывается, онъ теряетъ плату; если отказъ послѣдовалъ со стороны отца невѣсты, онъ обязанъ возвратить все, что ему было уплачено. Такимъ образомъ отступленіе возможно,

[1]) Sachsenspiegel, III. 3. Schwabenspiegel, c. 258. Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, III, S. 299.

т. е. бракъ еще не совершенъ., и въ 128 ст. прямо сказано, что бракъ устанавливается лишь договоромъ. Если кто-либо возьметъ женщину для сожительства и не заключитъ договора, то эта женщина не жена его. Но рядомъ съ платой за жену, очевидно, существовало уже и приданое (вѣно), которое давалось дочери, выходившей замужъ, отцомъ ея, а также даръ, который жена получала отъ мужа послѣ совершенія брака. О томъ, какое значеніе имѣла плата, приданое и даръ, мы можемъ лучше всего судить по слѣдующимъ постановленіямъ. Если кто-либо, сказано въ 163 ст., беретъ жену и она сыновей не родитъ, затѣмъ жена умретъ, и мужу будетъ возвращена плата, которая имъ внесена въ домъ его тестя, то онъ не можетъ имѣть притязанія на приданое его жены,—оно принадлежитъ дому отца ея. Слѣдующая статья гласитъ: если тесть не возвратитъ ему платы, то онъ въ правѣ вычесть изъ ея приданаго то, что онъ заплатилъ, и затѣмъ долженъ возвратить приданое отцовскому дому. Наконецъ, 162 ст. гласитъ: если кто-либо взялъ жену и она родила ему сыновей и если затѣмъ жена умираетъ, то отецъ ея не можетъ имѣть никакого притязанія на ея приданое, оно принадлежитъ ея сыновьямъ. О подаркѣ (утреннемъ дарѣ) упоминается въ 171 ст. Тамъ указывается, что онъ дается мужемъ женѣ, при чемъ для совершенія дара составляется актъ. И этотъ даръ остается послѣ ея смерти въ пользу дѣтей. Любопытно, что этотъ даръ именуется въ кодексѣ „нудуну“ и что этотъ терминъ впослѣдствіи перенесенъ какъ вавилонянами, такъ и евреями (въ кодексѣ, слѣдовавшемъ за библейскимъ,—въ Мишнѣ) на приданое, даваемое отцомъ дочери.

Независимо отъ законнаго супружества въ кодексѣ предусматривается и конкубинатъ. Одна изъ формъ этого конкубината заслуживаетъ особаго вниманія.

Всѣмъ, конечно, памятенъ наивный разсказъ Библіи о томъ, какъ Сарра, жена Авраама, въ виду безплодія своего обратилась къ Аврааму, чтобы онъ „вошелъ къ служанкѣ ея: можетъ быть, онъ будетъ имѣть дѣтей отъ нея“. Авраамъ послушался, и служанка Агарь, дѣйствительно, зачала, и вслѣдствіе этого стала презрительно относиться къ госпожѣ своей. Сарра жаловалась на Агарь, и Авраамъ предоставилъ ей поступить со служанкою, какъ угодно. Она стала притѣснять Агарь, и та убѣжала. Это прямая иллюстрація 146 ст. кодекса: если кто-либо возьметъ жену и она дастъ своему мужу служанку свою въ сожительницы и служанка родитъ ему дѣтей, а затѣмъ будетъ считать себя равной своей

госпожѣ вслѣдствіе того, что она родила дѣтей, то господинъ не долженъ ее продать за деньги, а долженъ ее причислить къ служанкамъ. Если же она не родила дѣтей, то госпожа можетъ продать ее за деньги.

Какова судьба дѣтей, рожденныхъ отъ служанки? Въ ст. 170 сказано: если жена родила кому-либо сыновей или служанка родила ему сыновей, и отецъ при жизни сказалъ дѣтямъ, рожденнымъ служанкой: „мои сыновья“ и причислилъ ихъ къ дѣтямъ своей жены, то сыновья жены и сыновья служанки должны сообща дѣлить отцовское имущество. Сыну жены принадлежитъ право раздѣла и выбора. Но если, сказано въ слѣдующей 171 ст., отецъ при жизни не сказалъ дѣтямъ, рожденнымъ отъ служанки,— „мои сыновья“ и затѣмъ умеръ, то сыновья служанки не должны дѣлиться съ сыновьями жены, но служанка и ея сыновья получаютъ свободу и сыновья жены не въ правѣ предъявлять притязанія на дѣтей служанки, какъ на рабовъ. О траурномъ годѣ для вдовы въ кодексѣ не упоминается. Напротивъ, допускается вступленіе ея въ новый бракъ, хотя съ нѣкоторыми стѣсненіями въ томъ случаѣ, если есть малолѣтнія дѣти. Въ 177 ст. сказано: если вдова, у которой есть малолѣтнія дѣти, имѣетъ намѣреніе вступить въ другой домъ, то она не должна этого дѣлать безъ вѣдома судьи. Когда она вступаетъ въ другой домъ, то судья долженъ осмотрѣть имущество, оставшееся въ домѣ ея прежняго мужа. Затѣмъ домъ перваго мужа передается второму и женѣ для управленія, о чемъ долженъ быть совершенъ актъ. Они обязаны держать въ порядкѣ домъ, воспитать дѣтей и имущества не продавать. Покупщикъ такого имущества, принадлежащаго дѣтямъ вдовы, лишается покупной платы, и имущество возвращается собственнику.

Но наиболѣе замѣчательными въ этомъ отдѣлѣ являются правила, указывающія на возможность распоряженія имуществомъ по завѣщанію. Въ 150 ст. сказано: если кто-либо даритъ своей женѣ землю, огородъ, усадьбу и другое имущество и составилъ по этому предмету актъ, то, если сыновья послѣ смерти ея мужа не предъявляютъ притязаній на это имущество, мать можетъ оставить это имущество одному изъ своихъ сыновей, котораго она предпочитаетъ, и не должна оставить ничего другимъ сыновьямъ. 179 ст. гласитъ: если посвященная Богу дѣвушка (давшая обѣтъ безбрачія) или посвященная храму блудница получила даръ отъ своего отца и онъ совершилъ актъ, въ которомъ уста-

новлено, что она можетъ оставить свое наслѣдство кому пожелаетъ, при чемъ ей предоставлено право свободнаго распоряженія, то послѣ смерти отца она въ правѣ оставить наслѣдство, кому она пожелаетъ. Братья не въ правѣ предъявить никакихъ притязаній.

Одна изъ наиболѣе раннихъ фикцій, устанавливаемыхъ правомъ первобытныхъ народовъ, это искусственное установленіе семейнаго родства взамѣнъ естественнаго, словомъ—фикція усыновленія. Менъ указалъ на громадное значеніе этой фикціи для такого общества, которое допускаетъ мирное единеніе только между лицами, связанными кровными узами, а такими являются всѣ первобытныя общества [1]).

Вавилонскій кодексъ представляетъ собою право сравнительно болѣе культурнаго общества, но и тутъ усыновленіе играетъ весьма значительную роль. Между прочимъ, въ 188 ст. предусматривается случай, когда ремесленникъ возьметъ пріемыша для воспитанія и научитъ его своему ремеслу; въ этомъ случаѣ онъ не можетъ быть уже истребованъ обратно родителями. Напротивъ, сказано въ 189 ст., если онъ ремеслу своему не научитъ, то по окончаніи воспитанія пріемышъ можетъ вернуться въ отцовскій домъ. Въ 191 ст. опредѣлено: если кто-нибудь усыновилъ ребенка и воспиталъ его, а затѣмъ основалъ собственный семейный очагъ и имѣетъ дѣтей, то въ случаѣ, если бы онъ пожелалъ отвергнуть воспитанника, послѣдній не можетъ быть отпущенъ безъ всего. Воспитатель обязанъ дать ему изъ своего имущества третью часть сыновней доли и тогда можетъ отпустить его. Изъ поля, огорода, усадьбы онъ ничего не долженъ дать.

Допускается отверженіе и родного сына, но не иначе, какъ съ разрѣшенія суда. Если, сказано въ 168 ст., кто либо намѣренъ отвергнуть своего сына и объявитъ судьѣ: я желаю отвергнуть моего сына, то судья долженъ изслѣдовать его мотивы. Если на сынѣ нѣтъ тяжкой вины, которая даетъ право на лишеніе сыновнихъ правъ, то отецъ не въ правѣ его отвергнуть. Если же на немъ лежитъ тяжкая вина, дающая право на исключеніе изъ семьи, то въ первый разъ его слѣдуетъ простить, а во второй разъ онъ можетъ быть отвергнутъ отцомъ. Подъ сыновними отношеніями, очевидно, здѣсь разумѣется право на содержаніе и наслѣдство. По 165 ст., сыновья дѣлятъ имущество отца между

---

[1]) Maine, Ancient Law, p. 130—131.

собою поровну, при чемъ отцу предоставляется одарить особо кого-либо изъ сыновей при жизни, составивъ актъ объ этомъ предметѣ.

Переходъ отъ 195 ст. къ послѣдующимъ вызванъ внѣшнимъ поводомъ. Въ 195 ст. идетъ рѣчь о наказаніи сына за ударъ, нанесенный отцу, ему отрубаютъ руки, и слѣдующія статьи (196—214) посвящены вообще наказаніямъ за тѣлесныя поврежденія, нанесенныя кому-либо. Въ особую группу выдѣлены поврежденія, нанесенныя врачемъ-хирургомъ при совершеніи операціи (215—228), затѣмъ поврежденія, являющіяся результатомъ непрочной постройки дома домостроителемъ, архитекторомъ (228—233), и убытки, причиняемые корабельщикомъ (234—240).

Связь между этими предметами, т. е. между наказаніемъ за преступленія и отвѣтственностью за убытки является для древняго кодификатора вполнѣ нормальною, ибо въ раннюю эпоху исторіи существуетъ не понятіе о преступленіи, а понятіе о вредѣ [1]), при чемъ только впослѣдствіи выдѣляются дѣянія, подлежащія уголовному наказанію, и тѣ, которыя влекутъ за собою возмѣщеніе убытковъ.

Система наказаній представляетъ собою строгое и послѣдовательное проведеніе принципа таліона, т. е. возмездія равнымъ за равное, при чемъ въ наказаніи находитъ полное отраженіе совершенное преступленіе. Слѣды композиціи, виры, денежной платы за нанесенныя тѣлесныя поврежденія мы находимъ только по отношенію къ рабамъ. Извѣстно, что и въ библейскомъ законодательствѣ установленъ былъ принципъ таліона, хотя при этомъ допускалась и конкуренція денежнаго вознагражденія. Въ такомъ же видѣ принципъ таліона былъ установленъ и древнимъ римскимъ кодексомъ—законами 12 таблицъ. Сказаніе о томъ, что законы 12 таблицъ заимствованы изъ Греціи, спеціально изъ Аѳинъ, признано Нибуромъ вымышленнымъ. Онъ не сомнѣвался въ томъ, что децемвиры, составившіе этотъ кодексъ, ѣздили за море, но не въ Аѳины, и такимъ образомъ указаніе на этотъ городъ является позднѣйшей вставкой [2]).

Спеціально по отношенію къ системѣ наказанія въ 12 таблицахъ всѣми признано, что она не заимствована изъ Аѳинъ, ибо тамъ принципъ таліона не существовалъ [3]). Остается предполо-

---

[1]) Maine, Ancient Law, p. 370.

[2]) Niebuhr, Römische Geschichte, Berlin, S. 523.

[3]) Günther, Die Idee der Wiedervergeltung Erlangen, 1889, I, S. 122, Anm. 28.

жить, что этотъ законъ заимствованъ чрезъ Карѳагенъ (что уже было высказано Іорданомъ) изъ вавилонскаго кодекса. Эта гипотеза находитъ подтвержденіе въ томъ, что одновременно съ принципомъ таліона заимствованы и другіе институты, и такъ какъ всѣ они имѣются въ наличности въ вавилонскомъ кодексѣ, то есть основаніе полагать, что онъ и является источникомъ заимствованій. Въ 12 таблицахъ установлено коренное различіе между воромъ, схваченнымъ на мѣстѣ преступленія (fur manifestus), и воромъ, не пойманнымъ на мѣстѣ (fur nec manifestus). Первый наказывается смертью, второй—штрафомъ. Въ 21 ст. кодекса Гамураби сказано: если кто-либо совершитъ подкопъ подъ чужой домъ, то онъ долженъ быть убитъ передъ ямой и здѣсь похороненъ. Такъ же, какъ въ кодексѣ Гамураби, многія имущественныя правонарушенія въ 12 таблицахъ подводились подъ furtum. Предусматривалась, какъ и въ кодексѣ Гамураби, кража людей и спеціально дѣтей. Въ сохранившихся остаткахъ 12 таблицъ не упоминается о карѣ, постигающей лже-свидѣтеля, но во всякомъ случаѣ историками римскаго права признано, что постановленіе по этому предмету, имѣющееся въ Дигестахъ, появилось очень рано [1]). Оно тожественно съ постановленіемъ Гамураби.

Система возмездія въ римскомъ правѣ была впослѣдствіи замѣнена системой устрашенія. Но средневѣковыя законодательства, устранивъ въ XII в. систему композиціи, заимствовали не эту систему наказанія, а принципъ возмездія въ томъ видѣ, какъ онъ установленъ Библіей, и, какъ признано историками права, подъ прямымъ и непосредственнымъ воздѣйствіемъ библейскихъ постановленій [2]).

Въ связи съ приведенными выше постановленіями о договорѣ коменды заслуживаютъ вниманія и постановленія объ отвѣтственности корабельщика. Если, сказано въ 236 ст., хозяинъ отдаетъ свой корабль въ наемъ корабельщику и корабельщикъ оказывается небрежнымъ, корабль терпитъ крушеніе или совершенно погибаетъ, то корабельщикъ обязанъ возвратить хозяину другой корабль. Въ слѣдующей 237 ст. сказано: если кто-либо нанимаетъ корабль и нагружаетъ его хлѣбомъ, шерстью, масломъ и вообще всѣмъ, чѣмъ нагружаются корабли, и если корабельщикъ оказы-

---

[1]) Günther, ibid., S. 141 и слѣд.

[2]) Günther, ibid., S. 212.

вается небрежнымъ, корабль терпитъ крушеніе и грузъ погибаетъ, то корабельщикъ долженъ возмѣстить все то, что погибло. Наконецъ, если корабельщикъ, нанявъ корабль, хотя и потерпѣлъ крушеніе, все-таки спасаетъ его, то онъ долженъ уплатить половину стоимости корабля (ст. 238).

Преторскій эдиктъ гласитъ: если корабельщики, трактирщики, хозяева помѣщеній для скота не возвратятъ того, что они приняли у кого-либо на сохраненіе, то я предоставляю противъ нихъ право иска. Гай при этомъ объясняетъ, что хотя корабельщики или трактирщики получаютъ плату не за храненіе чужихъ вещей, а одинъ за перевозку пассажировъ, другой за пребываніе путешественника въ его домѣ, тѣмъ не менѣе на нихъ лежитъ обязанность храненія чужихъ вещей. Ибо, говоритъ онъ, и чистильщикъ платья, и портной получаютъ плату не за храненіе, а за свою ремесленную дѣятельность, тѣмъ не менѣе изъ договора личнаго найма вытекаетъ обязанность храненія [1]).

Отъ этихъ убытковъ кодексъ переходитъ къ убыткамъ, нанесеннымъ хозяину при наймѣ скота, и къ убыткамъ, причиненнымъ пастухомъ вслѣдствіе нерадѣнія, неосторожности, злонамѣренности. Попутно устанавливается такса за наемъ скота, за личныя услуги и за наемъ корабля. Такимъ образомъ, эти статьи (241—277) находятся въ связи между собою. Послѣднія пять статей посвящены убыткамъ, понесеннымъ при покупкѣ рабовъ, и обязанности очистки въ случаѣ продажи чужого раба. Послѣдняя 282 ст. опредѣляетъ наказаніе раба въ случаѣ, если онъ неправильно утверждаетъ, что онъ не принадлежитъ господину, во владѣніи котораго онъ находится. Если онъ уличенъ во лжи, ему отрѣзываютъ ухо. Если мы припомнимъ библейскія постановленія (Исх., 21, 5—6), по которымъ лицу, желающему остаться рабомъ вѣчнымъ, прокалываютъ ухо, то мы увидимъ, что приведенный законъ устанавливаетъ въ видѣ кары то, что раньше было символомъ установленія рабства, подвластнаго состоянія.

Дженксъ, разсматривая постановленія объ убыткахъ въ средневѣковыхъ кодексахъ, указалъ на то, что изъ положенія объ отвѣтственности за неправильныя или неосторожныя дѣйствія причинившихъ ущербъ лицъ, имѣющихъ спеціальныя свѣдѣнія, постепенно вырабатываются правила объ отвѣтственности за убытки,

---

[1]) L. 1, 5. D. 4, 9. Nautae, caupones, etc.

вытекающіе не только изъ чьего-либо дѣйствія, но и изъ бездѣйствія. Такъ, кузнецъ, берущійся подковать лошадь и дѣлающій ее хромою, врачъ, берущійся ампутировать часть тѣла и увѣчащій паціента, привлекаются къ отвѣтственности за поврежденія. Но съ теченіемъ времени взыскиваются убытки и за дѣйствія неспеціалистовъ, причинившихъ вредъ, и, наконецъ, за бездѣйствіе въ томъ случаѣ, если кто-либо обязался совершить извѣстныя дѣйствія и не совершилъ ихъ [1]).

Кодексъ Гамураби также начинаетъ, какъ мы видѣли, съ отвѣтственности врача, причинившаго рану, переходитъ къ отвѣственности домостроителя, непрочно построившаго домъ, къ отвѣтственности корабельщика, вслѣдствіе небрежности котораго погибло имущество фрахтовщика, къ отвѣтственности нанимателя скота за невнимательное отношеніе къ предмету найма, къ отвѣтственности хозяина бодливаго скота, не принявшаго необходимыхъ мѣръ предосторожности, и, наконецъ, къ отвѣтственности пастуха какъ за обманныя дѣйствія по отношенію къ скоту, такъ и за небреженіе.

Но кодексъ Гамураби идетъ дальше средневѣковой юриспруденціи. Онъ устанавливаетъ отвѣтственность за умолчаніе о скрытыхъ недостаткахъ купленнаго предмета—раба. Если кто-либо, сказано въ 278 ст., купитъ раба или рабыню и до истеченія мѣсяца они окажутся больными (указана болѣзнь вени), то онъ можетъ ихъ возвратить продавцу и получить обратно уплаченныя за нихъ деньги.

Въ 279 ст. предусматривается случай, когда на купленнаго раба или рабыню будетъ предъявлено притязаніе со стороны третьяго лица; въ такомъ случаѣ продавецъ обязанъ очисткой передъ покупателемъ отъ этой претензіи.

Уже изъ самаго характера кодекса вытекаетъ, что, хотя онъ заключаетъ въ себѣ дѣйствовавшее въ Вавилоніи право, онъ не представляетъ собою всего вавилонскаго права. Только доходившіе до суда случаи въ немъ записаны и вызвали соотвѣтствующія постановленія. Значительныя области правовой жизни могли быть опредѣляемы нормами, которыя не отмѣчены судебными рѣшеніями, ибо онѣ до судебнаго разбирательства не доходили. Это разъ. А другая, и при томъ болѣе важная, причина отсутствія многихъ нормъ въ этомъ кодексѣ та, что кодексъ, несмотря на

---

[1]) Jenks, ibid., p. 283.

распространенность его въ вавилонскомъ царствѣ, о чемъ свидѣтельствуютъ списки, былъ изданъ царемъ-завоевателемъ для многихъ объединенныхъ подъ его властью земель и городовъ.

Несмотря на завоеваніе, несмотря на внѣшнее верховенство Вавилона, внутренняя жизнь этого конгломерата областей текла, конечно, по прежнему руслу, поскольку она не соприкасалась съ властью. Даже въ томъ случаѣ, когда та или иная область усваивала исходившія изъ центра нормы, она могла это дѣлать и, какъ мы увидимъ дальше на примѣрѣ евреевъ, дѣйствительно дѣлала это съ разборомъ, воспринимая лишь то, что соотвѣтствовало ея нравамъ и культурному состоянію, и откидывая то, что приходилось ей не ко двору.

Нельзя поэтому утверждать, какъ это дѣлаетъ, напр., проф. Конъ, что того или иного института уже не было въ вавилонскомъ царствѣ, на томъ основаніи, что въ кодексѣ о немъ не упоминается. Менѣе всего такія умозаключенія могутъ быть дѣлаемы относительно институтовъ семейнаго права, о которыхъ трактуетъ проф. Конъ, опровергая на основаніи кодекса показанія Геродота, свидѣтельствующаго о фактахъ какъ очевидецъ.

Но и внося такія оговорки и признавая, что далеко не во всѣхъ территоріяхъ вавилонскаго царства руководствовались всѣми постановленіями этого кодекса, необходимо все-таки признать тотъ фактъ, что уже 4000 лѣтъ тому назадъ существовала въ Азіи болѣе или менѣе обширная страна, стоявшая на такой ступени культуры, какой Европа достигла только въ XV вѣкѣ и при томъ лишь благодаря воздѣйствію культурнаго наслѣдія, доставшагося ей отъ евреевъ—чрезъ Библію и отъ римлянъ чрезъ кодексъ Юстиніана, не говоря уже о вліяніи испанскихъ арабовъ и общеніи съ востокомъ въ періодъ крестовыхъ походовъ.

Уже нѣсколько лѣтъ (съ января 1902 г.) идетъ затихшая въ послѣднее время ожесточенная борьба изъ-за Вавилоніи и Библіи—Babel und Bibel. Спеціально по отношенію къ библейскому законодательству никто не отрицаетъ большого сходства его съ законами Гамураби и полемика вращается около вопроса, чѣмъ и какъ объяснить сходство.

Возможны три предположенія: самостоятельное развитіе, заимствованіе изъ одного общаго источника и, наконецъ, заимствованія Библіи изъ кодекса Гамураби. Первое предположеніе необходимо отвергнуть, ибо сходство относится не только къ содержанію, но и къ формѣ. Оно доходитъ въ нѣкоторыхъ слу-

чаяхъ до тожества, а при такомъ совпаденіи предположеніе о самостоятельномъ, независимомъ другъ отъ друга возникновеніи недопустимо.

Въ кодексѣ Гамураби, напримѣръ, сказано: Если кто-либо при тяжбѣ выступитъ свидѣтелемъ со стороны обвиненія и не докажетъ того, что онъ сказалъ, то, если рѣчь идетъ о смертномъ дѣлѣ, онъ долженъ быть убитъ (ст. 3). Если же рѣчь о хлѣбѣ или серебрѣ (деньгахъ), то онъ подвергается наказанію, которое явилось бы результатомъ дѣла (ст. 4).

Во Второзаконіи сказано: Если выступитъ противъ кого-либо свидѣтель несправедливый, обвиняя его въ преступленіи, то пусть предстанутъ оба сіи человѣка, у которыхъ тяжба, предъ Господа, предъ священниковъ и предъ судей, которые будутъ въ тѣ дни. Судьи должны хорошо изслѣдовать и, если свидѣтель тотъ свидѣтель ложный, ложно донесъ на брата своего, то сдѣлайте ему то, что онъ умышлялъ сдѣлать брату своему, и такъ истреби зло изъ среды себя. И прочіе услышатъ, и убоятся, и не станутъ впредь дѣлать такое зло среди тебя (119, 16—20).

Ст. 21 Гамураби гласитъ: Если кто-либо совершаетъ подкопъ въ чьемъ-либо домѣ, то онъ долженъ быть убитъ на мѣстѣ подкопа и тутъ же погребенъ.

Во 2 кн. Моисея (Исх., 22, 2) сказано: Если кто застанетъ вора подкапывающаго и ударитъ такъ, что онъ умретъ, то кровь не вмѣнится ему.

Въ 117 ст. Гамураби сказано: Если кто-либо для покрытія своего долга продаетъ свою жену, сына или дочь за серебро или отдаетъ для отработки, то они должны работать 3 года въ домѣ своего владѣльца или господина, въ четвертомъ году они должны быть отпущены на свободу.

Въ III кн. Моисея (Лев.) сказано: Когда обѣднѣетъ у тебя братъ твой и проданъ будетъ тебѣ, то не налагай на него работы рабской. Онъ долженъ быть у тебя, какъ наемникъ, какъ поселенецъ, до юбилейнаго года пусть работаетъ у тебя. А тогда пусть отойдетъ онъ отъ тебя, самъ и дѣти, потому что они мои рабы... Не должно продавать ихъ, какъ продаютъ рабовъ. Не господствуй надъ ними съ жестокостью и бойся Бога твоего (Чис., 25, 39—43). Во 2 кн. Моисея (Исх.) точнѣе указано, что долговое рабство можетъ продолжаться только 6 лѣтъ, въ 7 годъ рабъ выходитъ на волю даромъ (21, 2 и слѣд.).

129 ст. Гамураби гласитъ: Если замужняя женщина найдена

будетъ лежащей съ другимъ мужчиной, то оба должны быть связаны и брошены въ воду, развѣ мужъ помилуетъ жену, а царь— своего раба.

То же въ кн. Лев. но безъ приведеннаго заключенія: Если кто-либо будетъ прелюбодѣйствовать съ женой замужней, съ женою ближняго своего: да будутъ преданы смерти и прелюбодѣй, и прелюбодѣйка (см. также Втор., 22,22).

Еще болѣе любопытна 130 ст. Гамураби по сравненію съ библейскими постановленіями (Втор., 22, 23—27). 130 ст. гласитъ: Если кто-либо опозоритъ замужнюю женщину, еще не познавшую мужа и живущую въ домѣ своего отца, и будетъ застигнутъ спящимъ съ нею, то этотъ человѣкъ подвергается смерти, женщина же признается невиновной.

Законы Моисея расчленяютъ это преступленіе на два, влекущія за собою различныя послѣдствія. Если будетъ молодая дѣвица, сказано въ Библіи, обручена мужу и кто-нибудь встрѣтится съ нею въ городѣ и ляжетъ съ нею, то обоихъ ихъ приведите къ воротамъ того города и побейте ихъ камнями до смерти: отроковицу за то, что она не кричала въ городѣ, а мужчину за то, что онъ опорочилъ жену ближняго своего; и такъ истреби зло изъ среды себя. Если же кто въ полѣ встрѣтится съ отроковицею обрученною и, схвативъ ее, ляжетъ съ нею; то должно предать смерти только мужчину, лежавшаго съ нею, а отроковицѣ ничего не дѣлай; на отроковицѣ нѣтъ преступленія смертнаго; ибо это то же, какъ если бы кто возсталъ на ближняго своего и убилъ его. Ибо онъ встрѣтился съ нею въ полѣ и, хотя отроковица обрученная кричала, но некому было спасти ее.

Въ 196 ст. Гамураби сказано: Если кто-либо выбьетъ глазъ другому, то слѣдуетъ выбить его глазъ. Въ слѣдующей 197 сказано: Если кто-либо сломаетъ другому кость, то слѣдуетъ сломать его кость. 200 ст. гласитъ: Если кто-либо выбьетъ зубы другого, то слѣдуетъ выбить его зубы.

Въ III кн. Моисея (Лев., 24, 19—20) сказано: Кто сдѣлаетъ поврежденіе на тѣлѣ ближняго своего, тому должно сдѣлать то же, что онъ сдѣлалъ. Переломъ за переломъ, око за око, зубъ за зубъ: какъ онъ сдѣлалъ поврежденіе на тѣлѣ человѣка, такъ и ему должно сдѣлать. То же постановленіе имѣется и во II кн. Моисея (Исх., 21, 24).

Наиболѣе поразительны постановленія о бодливомъ волѣ. Въ 250 ст. Гамураби сказано: Если волъ, проходя по улицѣ кого-

либо забодаетъ и убьетъ, то за это не можетъ быть предъявлено никакого притязанія. Если же, сказано въ слѣдующей 251 ст., чей-либо волъ бодливъ и хозяину его было указано, что волъ страдаетъ этимъ недостаткомъ—бодливостью, и онъ не обвязалъ его роговъ, не принялъ мѣръ къ обезвреженію его, и волъ забодалъ человѣка (свободно-рожденнаго) и убилъ его, то онъ долженъ заплатить полъ мины серебра.

Во II кн. Моисея сказано: Если волъ забодаетъ мужчину или женщину до смерти, то вола побить камнями и мяса его не ѣсть, а хозяинъ вола не виноватъ. Но если волъ бодливъ былъ и вчера, и третьяго дня, и хозяинъ его, бывъ извѣщенъ о семъ, не стерегъ его, и онъ убилъ мужчину или женщину, то вола побить камнями, а хозяина его предать смерти.

Несмотря на разницу въ карѣ въ этомъ послѣднемъ случаѣ, перечисленіе признаковъ преступнаго отношенія хозяина и вообще характеръ соотвѣтствующихъ опредѣленій у Гамураби и въ Библіи указываетъ на близкое родство между ними.

Второе предположеніе—о заимствованіи изъ общаго источника—могло бы быть допущено, еслибъ этотъ источникъ представлялъ собою нѣчто опредѣленное, осязательное. Указываютъ на обычаи, господствовавшіе въ Аравіи, среди кочевавшихъ тамъ народовъ, до появленія ислама. Вотъ тотъ родникъ, откуда будто бы черпали и евреи, и вавилоняне. Несмотря на неуловимость источника, какимъ является обычное право, трудно, конечно, отрицать, что евреи и вавилоняне, будучи уже осѣдлыми, земледѣльческими народами, сохранили многіе обычаи кочевого быта, но постановленія, запечатлѣнныя характеромъ земледѣльческаго быта, во всякомъ случаѣ, заимствованы не оттуда. Но помимо этихъ апріорныхъ соображеній есть и прямое доказательство, заимствованное болѣе позднимъ кодексомъ изъ болѣе ранняго, доказательство, которое имѣетъ, по моему мнѣнію, рѣшающее значеніе и на которое почему-то не было указано до сихъ поръ, несмотря на ожесточенную борьбу, происходящую между сторонниками самобытности двухъ кодексовъ древности и сторонниками зависимости Библіи отъ вавилонскаго кодекса.

Доказательство, о которомъ я говорю, заключается въ слѣдующемъ. Мы уже видѣли, что въ одномъ случаѣ, гдѣ Библія прямо и рѣзко, не въ мелочахъ только, а въ принципѣ отступаетъ отъ кодекса Гамураби, она считаетъ необходимымъ мотивировать это отступленіе, ставитъ на мѣсто прежняго принципа новый, какъ бы

оправдывающій необходимость нововведенія. Такъ она дѣлаетъ и въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ.

Ст. 16—19 Гамураби запрещаютъ пріютить у себя сбѣжавшаго раба. Въ случаѣ невыдачи раба при публичномъ оглашеніи о пропажѣ, пріютившій его хозяинъ подвергается смерти. За доставленіе сбѣжавшаго раба опредѣляется премія. Въ случаѣ, если хозяинъ раба неизвѣстенъ, рабъ долженъ быть представленъ во дворецъ, гдѣ производится разслѣдованіе, и рабъ доставляется хозяину. Если словившій раба прячетъ его въ своемъ домѣ, и онъ будетъ найденъ, то домохозяинъ подвергается смерти.

Всѣ эти постановленія устранены Библіей: не выдавай раба господину его, сказано тамъ, когда онъ прибѣжитъ къ тебѣ отъ господина своего. Пусть онъ у тебя живетъ среди васъ, пусть онъ живетъ на мѣстѣ. . не притѣсняй его (Втор., XXII, 15—16).

Въ ст. 155 Гамураби сказано: Если кто-либо обручитъ для своего сына дѣвушку, и сынъ сожительствуетъ съ ней, а послѣ этого окажется, что отецъ будетъ настигнутъ спящимъ съ нею (снохачество), то онъ долженъ быть связанъ и брошенъ въ воду. Въ законахъ Моисея сказано: Если кто ляжетъ съ невѣсткою своею, то оба они да будутъ преданы смерти; мерзость сдѣлали они, кровь ихъ на нихъ (Лев., 20, 12). Этимъ дополненіемъ библейскій законодатель, повидимому, мотивируетъ наложеніе кары и на невѣстку, не только на тестя, какъ въ вавилонскомъ кодексѣ.

То же въ слѣдующемъ случаѣ.

Ст. 158 Гамураби гласитъ: Если кто-либо будетъ найденъ спящимъ съ главною женою своего отца, которая родила дѣтей, то онъ подлежитъ изгнанію изъ дома своего отца. Библейскій кодексъ караетъ это преступленіе смертью. Кто ляжетъ съ женою отца своего, сказано тамъ, тотъ открылъ наготу отца своего: оба они да будутъ преданы смерти, кровь ихъ на нихъ (Лев., 20, 11).

Исходя изъ принципа воздаянія равнымъ за равное, кодексъ Гамураби устанавливаетъ: Если кто-либо ударитъ свободную женщину, и она выкинетъ, то онъ долженъ уплатить 10 сиклей золота за выкидышъ (ст. 209). Но если при этомъ женщина умретъ, то слѣдуетъ убить дочь виновника ея смерти (ст. 210). На томъ же принципѣ основано постановленіе, по которому архитекторъ, построившій кому-либо домъ, оказавшійся непрочнымъ и разрушившійся, при чемъ былъ убитъ хозяинъ дома, въ свою очередь подвергается убійству (ст. 229). Если же при этомъ случаѣ убитъ сынъ хозяина дома, то подлежитъ убійству сынъ архитектора

(ст. 230). Библія не усвоила этихъ постановленій и объясняетъ, почему она этого не сдѣлала. Отцы, сказано тамъ, не должны быть наказываемы смертью за дѣтей, и дѣти не должны быть наказываемы смертью за отцовъ,—каждый долженъ быть наказываемъ смертью за свое преступленіе (Втор., 24, 16). Въ кодексѣ Гамураби имѣется рядъ статей, опредѣляющихъ положеніе дочерей, отданныхъ отцами въ храмъ въ качествѣ блудницъ—храмовыхъ гетеръ, доходы съ которыхъ шли въ пользу храма (ст. 178—182). Библія устраняетъ этотъ институтъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ. Не должно быть блудницы изъ дочерей Израилевыхъ, и не должно быть блудника изъ сыновъ Израилевыхъ. Не вноси платы блудницы и цѣны пса въ домъ Господа Бога твоего ни по какому обѣту, ибо то и другое есть мерзость предъ Господомъ Богомъ твоимъ (Втор. 23, 17—18).

Наконецъ, взамѣнъ постановленій о ростѣ, имѣющихся въ кодексѣ Гамураби, Библія устанавливаетъ: Если братъ твой обѣднѣетъ и придетъ въ упадокъ у тебя, то поддержи его, пришлецъ ли онъ, или поселенецъ, чтобы онъ жилъ съ тобою. Не бери отъ него роста и прибыли, и бойся Бога твоего, чтобъ жилъ братъ твой съ тобою. Серебра твоего не отдавай ему въ ростъ, и хлѣба твоего не отдавай ему для (полученія) прибыли. Я, Господь Богъ вашъ, который вывелъ васъ изъ земли Египетской, чтобы дать вамъ землю Ханаанскую, чтобы быть вашимъ Богомъ (Лев. 25, 35—38).

Здѣсь, я думаю, умѣстно будетъ остановиться на нѣкоторыхъ выводахъ, сдѣланныхъ проф. В. И. Сергѣевичемъ въ статьѣ его „Законы царя Хамураби и Библія о несвободныхъ“ [1]). Онъ, повидимому, держится того взгляда, что библейскія постановленія не заимствованы изъ кодекса Гамураби. Останавливаясь на библейскихъ постановленіяхъ о продажѣ дочери въ рабство, онъ говоритъ: „Все изложенное совершенно самобытно и не имѣетъ ничего общаго съ законами Хамураби“ [2]). Общій выводъ его изъ сопоставленія нѣкоторыхъ статей кодекса Гамураби о рабствѣ съ библейскими слѣдующій: „Просмотрѣнный мною небольшой уголокъ законовъ не имѣетъ ни малѣйшаго отзвука въ Библіи“ [3]). Сказано это довольно рѣшительно, но если сопоставить 117 ст. Гамураби, приводимую проф. Сергѣевичемъ на 4 стр. его статьи,

---

[1]) „Журналъ Мин. Юст.“, ноябрь 1908 г.

[2]) „Ж. М. Ю.“, ноябрь 1908, стр. 14.

[3]) Ibid., стр. 15.

съ библейскимъ постановленіемъ во Второзаконіи 15, 12 (тоже Исходъ 21, 2), цитируемымъ имъ на стр. 12, то нельзя не притти къ заключенію, къ которому пришли почти всѣ ученые, сопоставлявшіе Библію и кодексъ Гамураби, что сходство между ними было бы совершенно непонятно, если бы между этими кодексами не было связи и родства. Въ ст. 117 кодекса Гамураби сказано: „Если кто-либо, обремененный долгомъ, продастъ свою жену, сына или дочь за деньги и отдастъ въ кабалу, то они должны работать три года въ домѣ покупщика или властителя, а на четвертый годъ должны быть отпущены имъ на свободу". А во Второз. (15, 12) сказано: „Если продается тебѣ братъ твой, еврей или еврейка, то шесть лѣтъ долженъ онъ быть рабомъ тебѣ, а въ седьмой годъ отпусти его отъ себя на свободу". Конечно, въ кодексѣ Гамураби—3 года кабалы, а въ Библіи—6 лѣтъ, но можно ли говорить, что законъ Гамураби не нашелъ никакого отзвука въ Библіи. Напротивъ, вѣрно то, что въ Библіи онъ нашелъ отзвукъ, хотя и въ нѣсколько ухудшенномъ видѣ: срокъ временнаго рабства удвоенъ.

Но и тѣ библейскія постановленія о дочери, проданной въ рабство, которыя проф. Сергѣевичъ считаетъ совершенно самобытными, имѣютъ свои корни въ кодексѣ Гамураби. Суть этихъ постановленій заключается въ томъ, что дочь считается проданною для конкубината—получаетъ пищу, одежду и супружеское сожитіе. Если эти предполагаемыя закономъ условія не выполнены, она отпускается на свободу безъ выкупа (Исх., 21, 7—11). Это, повидимому, дальнѣйшее развитіе того положенія, установленнаго въ кодексѣ Гамураби, что рабыня получаетъ свободу, если дѣти, рожденныя ею отъ господина, признаются имъ своими дѣтьми (стр. 171). Библія пошла дальше въ смыслѣ гуманнаго отношенія къ женщинѣ рабынѣ: она можетъ быть пріобрѣтена только для супружескаго сожительства съ нею самого покупателя или его сына.

Впрочемъ, проф. Сергѣевичъ держится особаго мнѣнія о гуманности библейскихъ постановленій. „Особенность Библіи вообще—говоритъ онъ—это крайній національнизмъ, черта вовсе неизвѣстная вавилонскимъ законамъ" [1]). Спеціально относительно рабства онъ утверждаетъ, что „рабство признается и евреями, но не для евреевъ" [2]).

---

[1]) Ibid., стр. 10—11.
[2]) Ibid., стр. 15.

„Крайній національнизмъ" — такъ ли это? Проф. Сергѣевичъ признаетъ, что библейское постановленіе о невыдачѣ сбѣжавшаго раба, установленное, какъ я указалъ, въ противовѣсъ кодексу Гамураби, относится не только къ временнымъ рабамъ-евреямъ, но и къ вѣчнымъ рабамъ—неевреямъ [1]). Тутъ, казалось бы, терминъ „крайній національнизмъ" неумѣстенъ, а умѣстно слово—гуманность, ибо постановленіе относится ко всѣмъ людямъ. Библейское постановленіе объ отпущеніи на свободу раба за жестокое обращеніе съ нимъ господина (Исх. 21, 26—27) точно также относится, и по мнѣнію проф. Сергѣевича, ко всевозможнымъ рабамъ [2]). Казалось бы, что и тутъ проявляется не крайній національнизмъ законодателя, а человѣчное отношеніе его къ рабу, котораго кодексъ Гамураби не обнаруживаетъ.

О „крайнемъ національнизмѣ" по отношенію къ рабству въ виду указанныхъ постановленій, повидимому, вообще говорить не слѣдовало бы. Но и о „національнизмѣ" безъ такого эпитета слѣдовало бы говорить нѣсколько сдержаннѣе. „Библія — говоритъ проф. Сергѣевичъ—знаетъ (какъ и кодексъ Гамураби) два вида рабства: временное и вѣчное; но это различіе обусловливается тамъ различіемъ національности; съ одной стороны, евреи, съ другой—всѣ иноплеменники, жившіе вмѣстѣ съ ними. Всѣ не евреи могутъ быть только вѣчными рабами" [3]).

Всѣ иноплеменники, всѣ—не евреи! Тутъ большое недоразумѣніе и вмѣстѣ съ тѣмъ незнакомство съ постановленіями, имѣющимися въ Библіи, а также съ фактами, сообщаемыми ею.

Нельзя пріурочить библейскія постановленія къ одному какому-либо періоду. Это памятникъ, въ которомъ изложены событія нѣсколькихъ сотенъ лѣтъ, постановленія разныхъ періодовъ жизни народа.

Долговое рабство возникло среди евреевъ,—среди „своихъ" лишь тогда, когда первобытный общинный строй сталъ расшатываться; оно могло быть установлено по отношенію къ иноплеменникамъ—„чужимъ", когда вмѣсто истребленія туземцевъ стало возможно мирное сожительство съ ними. Къ этому періоду и относятся тѣ постановленія о временномъ рабствѣ „своихъ" и вѣчномъ рабствѣ „чужихъ", на которыя ссылается проф. Сергѣевичъ. Они получили силу только послѣ продолжительной борьбы,

---

[1]) Ibid., стр. 14, 15.
[2]) Ibid., стр. 14—15.
[3]) Ibid., стр. 11.

о которой повѣствуется у пророка Іереміи. „Такъ говоритъ Господь, Богъ Израилевъ: Я заключилъ завѣтъ съ отцами вашими, когда вывелъ ихъ изъ земли Египетской, изъ дома рабства, и сказалъ: въ концѣ седьмого года отпускайте каждый брата своего, еврея, который продалъ себя тебѣ; пусть онъ работаетъ тебѣ шесть лѣтъ, а потомъ отпусти его отъ себя на волю; но отцы ваши не послушали Меня, и не преклонили уха своего. Вы нынѣ обратились и поступили справедливо предъ очами Моими, объявивъ каждый свободу ближнему своему, и заключили предо Мною завѣтъ въ домѣ, надъ которымъ наречено имя Мое; но потомъ раздумали, и обезславили имя Мое, и возвратили къ себѣ каждый раба своего и каждый рабу свою, которыхъ отпустили на волю, куда душѣ ихъ угодно, и принуждаете ихъ быть у васъ рабами и рабынями. Почему такъ говоритъ Господь: вы не послушались Меня въ томъ, чтобы каждый объявилъ свободу брату своему и ближнему своему: за то вотъ Я, говоритъ Господь, объявляю вамъ свободу подвергнуться мечу, моровой язвѣ и голоду, и отдамъ васъ на озлобленіе во всѣ царства земли“ (Іерем., 24, 13—18).

То, что проф. Сергѣевичъ считаетъ типическимъ для евреевъ, для библейскаго законодательства, было на самомъ дѣлѣ типическимъ лишь для опредѣленной ступени культуры. На дальнѣйшую эволюцію библейскаго законодательства по отношенію къ чужимъ—къ иноплеменникамъ, указываютъ слѣдующія библейскія постановленія: „Не гнушайся Идумеяниномъ, ибо онъ братъ твой, не гнушайся Египтяниномъ, ибо ты былъ пришельцемъ въ землѣ его; дѣти, которыя у нихъ родятся, въ третьемъ поколѣніи могутъ войти въ общество Господне“ (Второз., 23, 7—8). Если поэтому въ той же главѣ Второзаконія сказано: „не отдавай въ ростъ брату твоему ни серебра, ни хлѣба, ни чего-либо другого, что можно отдавать въ ростъ. Иноземцу отдавай въ ростъ, а брату твоему не отдавай въ ростъ“ (19—20), то это значитъ, что запретъ относится и къ идумеянамъ, и египтянамъ, ибо и они названы братьями и суть братья. Вмѣстѣ съ тѣмъ и долговое рабство допускается по отношенію къ нимъ только въ формѣ временнаго, а не вѣчнаго, ибо они принимались въ общину. Что эти постановленія объ отношеніи къ египтянамъ были не благопожеланіями только, а дѣйствительнымъ фактомъ, указываетъ, между прочимъ, слѣдующій примѣръ, имѣющіяся въ Библіи.

Во 2-ой главѣ 1-ой книги Паралипоменона перечисляются сы-

новья Израиля и ихъ потомство и, между прочимъ, разсказывается слѣдующее: „У Шешана не было сыновей, а только дочери. У Шешана былъ рабъ, египтянинъ, имя его Іарха; Шешанъ отдалъ дочь свою Іархѣ (рабу своему) въ жены, и она родила ему Аттая; Аттай родилъ Наѳана“ (34—36). Египтянинъ продолжаетъ родъ Израиля. Вѣчными иноплеменниками являются только аммонитяне и моавитяне. Они не могутъ „войти въ общество Господне, и десятое поколѣніе ихъ не можетъ войти въ общество Господне во вѣки; потому что они не встрѣтили васъ съ хлѣбомъ и водою на пути, когда вы шли изъ Египта (Второз., 23, 3—4). Такимъ образомъ, не всѣ иноплеменники и не всѣ не-евреи не могли вступать въ общину еврейскую и были вѣчными рабами, а лишь тѣ туземныя племена, съ которыми велась ожесточенная борьба въ завоеванной территоріи.

Но и эта ступень развитія была преодолѣна библейскимъ законодательствомъ. Вражда къ туземцамъ изгладилась съ теченіемъ времени, и въ книгѣ Чиселъ мы читаемъ: „Для васъ, общество (Господне), и для пришельца, живущаго (у васъ), уставъ одинъ, уставъ вѣчный въ роды ваши: что вы, то и пришелецъ да будетъ предъ Господомъ. Законъ одинъ и одни права да будутъ для васъ и для пришельца, живущаго у васъ“ (25, 15 — 16). И далѣе въ той же главѣ: „одинъ законъ да будетъ для васъ, какъ для природнаго жителя изъ сыновъ Израилевыхъ, такъ и для пришельца, живущаго у васъ“ (29). Какъ отразилось такое отношеніе ко всѣмъ иноплеменникамъ на институтѣ рабства? Символомъ принадлежности къ общинѣ еврейской, члены которой не могутъ быть вѣчными рабами, было обрѣзаніе, совершавшееся тотчасъ послѣ рожденія. Иноплеменники рабы, даже тѣ изъ нихъ, которые прислуживали въ храмѣ, не подвергались обрѣзанію (Іезек., 44, 7—9). Но въ книгѣ Бытія находимъ слѣдующее постановленіе: „Сей есть завѣтъ Мой, который вы должны соблюдать между Мною, и между вами, и между потомками твоими послѣ тебя (въ родѣ ихъ): да будетъ у васъ обрѣзанъ весь мужескій полъ. Обрѣзывайте крайнюю плоть вашу: и сіе будетъ знаменіемъ завѣта между Мною и вами. Осми дней отъ рожденія да будетъ обрѣзанъ у васъ въ роды ваши всякій младенецъ мужескаго пола, рожденный въ домѣ и купленный за серебро у какого-нибудь иноплеменника, который не отъ твоего сѣмени. Непремѣнно да будетъ обрѣзанъ рожденный въ домѣ твоемъ и купленный за серебро твое, и будетъ завѣтъ Мой на тѣлѣ вашемъ завѣтомъ вѣчнымъ“ (17, 10—13). Дѣти

иноплеменныхъ рабовъ принимались въ общину еврейскую и, такимъ образомъ, не могло уже быть рѣчи при этихъ условіяхъ о вѣчномъ рабствѣ иноплеменниковъ, а только о временномъ рабствѣ. Можно, слѣдовательно, сказать, вопреки мнѣнію проф. Сергѣевича, что евреи въ окончательномъ результатѣ не допускали рабства въ подлинномъ смыслѣ ни для себя, ни для иноплеменниковъ, жившихъ среди нихъ.

Въ Библіи разсказывается, какъ люди, собравшіеся въ долинѣ Сенаара, рѣшили построить городъ и башню вавилонскую до небесъ. Они, дѣйствительно, принялись за дѣло. Но Богъ во время постройки смѣшалъ ихъ языки такъ, что они перестали понимать другъ друга, и они разсѣялись по всей землѣ (Быт., II, 1—9). Царство вавилонское, объединивъ много земель и народовъ, именно вслѣдствіе этого распалось. Долгое время цементомъ былъ языкъ вавилонскій, на которомъ, какъ видно изъ писемъ, найденныхъ въ Тель-эль-Амарнѣ, вели переписку и въ Египтѣ, и въ Палестинѣ. Не Парижъ, въ крайнемъ случаѣ Римъ,—говоритъ Деличъ — можетъ помѣряться съ Вавилономъ по отношенію къ вліянію, которое онъ оказывалъ въ теченіе двухъ тысячелѣтій на весь міръ [1]).

Послѣ распаденія Вавилонскаго царства народы и языки обособились, но изъ Вавилона, въ созданіи величія котораго они участвовали, народы унесли часть выработаннаго въ этомъ царствѣ культурнаго дѣянія.

Кодексъ Гамураби имѣлъ, несомнѣнно, отдаленное прошлое, но онъ имѣлъ, по всей вѣроятности, и будущее. Такой обширный, въ значительной мѣрѣ законченный кодексъ, касающійся самыхъ разнообразныхъ явленій жизни и людскихъ отношеній, не могъ не породить глоссъ для практическихъ цѣлей примѣненія его къ жизни и комментаріевъ для теоретическихъ цѣлей — удовлетворенія потребности ума въ смыслѣ обобщенія и дальнѣйшаго развитія. И кто знаетъ, что дастъ намъ въ этомъ отношеніи дальнѣйшее дешифрированіе клинообразныхъ письменъ?

По окончаніи доклада открылись пренія.

С. А. Бѣляцкинъ указывалъ на то, что изслѣдователи, изучавшіе различные кодексы приходятъ къ убѣжденію, что сходство не только по содержанію, но и по формѣ объясняется не фактомъ заимствованія, а наличностью одинаковыхъ жизнен-

[1]) Babel. u. Bibel, Leipzig, 1902, S. 26.

ныхъ условій. Такимъ образомъ мысль докладчика, что сходство условій говоритъ противъ самостоятельности, не вполнѣ правильна. Примѣры, приводимые имъ, также не подтверждаютъ его положенія. Что касается таліона, то, правда, онъ находитъ себѣ мѣсто не только въ кодексѣ Гамураби, но и въ Библіи. Но въ основѣ таліона лежитъ естественный законъ возмѣщенія, чѣмъ и объясняется совпаденіе обоихъ кодексовъ безъ того, чтобы одинъ позаимствовалъ у другого.

*А. Г. Воронов*ъ указываетъ на то, что между Библіей и кодексомъ Гамураби заимствованія вовсе уже не такъ обширны, какъ это полагаетъ докладчикъ. Изъ примѣровъ, имъ приводимыхъ, можно заключить какъ разъ обратное. Самъ же докладчикъ говоритъ, что въ однихъ случаяхъ наказанія въ Библіи болѣе мягкія, чѣмъ въ кодексѣ Гамураби, а въ другихъ, наоборотъ, болѣе суровы. А этого именно не наблюдается при заимствованіи.

Докладчикъ М. И. Кулишеръ, возражая своимъ оппонентамъ, между прочимъ указалъ, что онъ самъ вначалѣ полагалъ, что одинаковые законы могутъ быть результатомъ наличности одинаковыхъ условій. Но когда оказывается, что до Рима, до Греціи была культура, а это мы видимъ изъ кодекса Гамураби, когда оказывается, что самъ кодексъ Гамураби есть развитіе чего-то болѣе ранняго, когда наблюдаешь лѣность мысли человѣческой, то тогда гипотеза о возможности самостоятельнаго развитія падаетъ сама собою. Конечно, заимствованія возможны лишь тогда, когда есть предрасположеніе. Прыжокъ вверхъ, даже очень незначительный, дается съ трудомъ. Здѣсь указывалось, что принципъ таліона это естественный законъ, но прежде чѣмъ онъ сталъ естественнымъ его нужно было выдумать. Въ вопросѣ о заимствованіи Библіи изъ кодекса Гамураби прямыхъ доказательствъ нѣтъ, но то обстоятельство, что Библія, измѣняя содержаніе Гамураби, считаетъ долгомъ это мотивировать, является сильнымъ доказательствомъ въ пользу заимствованія.

*Предсѣдатель М. М. Винавер*ъ въ началѣ своихъ возраженій указываетъ на то, что въ вопросъ объ изслѣдованіи заимствованія докладчикъ ввелъ новый методъ, богатый своими послѣдствіями — это методъ отрицанія противоположнаго: болѣе новый памятникъ устанавливаетъ отрицательныя положенія— отрицательныя по отношенію къ институтамъ другого, болѣе ранняго памятника; ясно что этотъ другой памятникъ былъ

извѣстенъ составителямъ отрицательныхъ положеній болѣе поздняго памятника. Связь между кодексомъ Гамураби и Библіей представляетъ большой интересъ для историковъ культуры; для юристовъ болѣе важна связь римскаго права съ Гамураби. Какими источниками пользовались децемвиры при составленіи XII таблицы, рѣшить съ точностью трудно, но что XII таблицъ есть источникъ болѣе рудиментарный, чѣмъ кодексъ Гамураби—это несомнѣнно.

Кодексъ Гамураби еще особенно цѣненъ—по сравненію съ другими древними памятниками—тѣмъ, что въ немъ преобладаютъ нормы чисто цивилистическаго характера, тогда какъ въ другихъ древнихъ кодексахъ преобладаютъ нормы уголовнаго права.

За послѣднее время исторія права, какъ это ни печально, въ загонѣ, и при этихъ условіяхъ нельзя не привѣтствовать, что въ стѣнахъ Юридическаго Общества былъ прочитанъ докладъ на историко-юридическую тему.

Собраніе дружными аплодисментами благодарило докладчика за прочтенный имъ рефератъ.

Засѣданіе закрыто въ 12 час. ночи.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія.

6 марта 1909 года.

Предметомъ занятій служило:

1) Избраніе дѣйствительныхъ членовъ изъ кандидатовъ, предложенныхъ Совѣтомъ.

2) Избраніе предсѣдательствующаго, товарища предсѣдательствующаго и членовъ редакціоннаго комитета гражданскаго отдѣленія общества.

3) Докладъ Барона *А. Л. Фрейтага-Лоринговена:* „Уравненіе мужчинъ и женщинъ въ области наслѣдственнаго права (по поводу законодательнаго предположенія, внесеннаго въ Государственную Думу)".

Засѣданіе открыто въ $8^1/_2$ часовъ вечера подъ предсѣдательствомъ предсѣдателя гражданскаго отдѣленія общества *М. М. Винавера.*

Послѣ избранія дѣйствительныхъ членовъ изъ кандидатовъ, предложенныхъ Совѣтомъ, по предложенію предсѣдательствую-

щаго *М. М. Винавера*, присутствовавшіе въ собраніи члены Общества приступили къ выборамъ предсѣдательствующаго, товарища предсѣдательствующаго и членовъ редакціоннаго комитета гражданскаго отдѣленія. По подсчетѣ записокъ избранными оказались: Предсѣдательствующимъ — *М. М. Винаверъ*, товарищемъ предсѣдательствующаго — *В. М. Нечаевъ* и членами редакціоннаго комитета — *Ф. А. Вальтеръ*, *І. А. Покровскій* и *Н. М. Рейнке*.

Затѣмъ слово было предоставлено докладчику Барону *А. Л. Фрейтагу-Лоринговену*, сдѣлавшему слѣдующій докладъ:

На дняхъ группа членовъ Государственной Думы внесла законодательное предположеніе объ измѣненіи нѣкоторыхъ статей нашихъ гражданскихъ законовъ, касающихся наслѣдственныхъ правъ лицъ женскаго пола. Цѣлью этого предположенія является установленіе равноправія половъ въ этой области. Подобный фактъ разумѣется можетъ быть только привѣтствованъ. Съ одной стороны стремленіе къ устраненію одной изъ многочисленныхъ, тяготѣющихъ надъ нашей жизнью несправедливостей само по себѣ весьма симпатично. Съ другой стороны нельзя не радоваться этому первому проявленію интереса къ гражданскому праву въ средѣ членовъ парламента. Вѣдь едва ли существуетъ русскій юристъ, не сознающій недостаточности и отсталости дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ и не желающій замѣны ихъ кодексомъ болѣе совершеннымъ и лучше соотвѣтствующимъ потребностямъ современной жизни. Поэтому первый шагъ къ практическому, хотя бы и только частичному исполненію этого желанія есть несомнѣнно явленіе высокоотрадное.

Однако разумѣется само собой, что мы не можемъ ограничиться выраженіемъ нашего сочувствія симпатичному на первый взглядъ начинанію. Мы, напротивъ, обязаны подвергнуть его критическому освѣщенію и выяснить при помощи всѣхъ находящихся въ нашемъ распоряженіи средствъ, заслуживаетъ ли дѣйствительно этотъ благой починъ поддержки съ точки зрѣнія науки. Вѣдь вполнѣ мыслимо, что дѣло симпатичное на первый взглядъ кроетъ въ себѣ серьезные недостатки и даже опасности для нашего будущаго. Нельзя занять по отношенію къ серьезному вопросу окончательную позицію соображаясь лишь съ своими симпатіями или антипатіями. А въ томъ, что дѣло идетъ о проблемѣ очень серьезной, едва ли возможны сомнѣнія.

Позвольте, мм. гг., напомнить вамъ сначала историческія основы дѣйствующаго законодательства.

Первыя свѣдѣнія о наслѣдственномъ правѣ, относящіяся непосредственно къ нашему вопросу, мы находимъ въ *Русской Правдѣ*. Изъ этого памятника мы усматриваемъ основное правило, что сестра при братѣ не наслѣдница. Болѣе того, въ классѣ смердовъ дочь даже въ томъ случаѣ не получаетъ наслѣдства, когда нѣтъ на лицо братьевъ. Она напротивъ имѣетъ право лишь на приданое. Въ другихъ же классахъ дочь за неимѣніемъ брата получаетъ все наслѣдство. Я оставляю въ сторонѣ вопросъ о причинахъ такого различія и укажу лишь на то, что общее наслѣдственному праву всѣхъ классовъ *предпочтеніе лицъ мужескаго пола* передъ лицами женскаго пола являлось неизбѣжнымъ послѣдствіемъ всего тогдашняго образа мышленія и тогдашняго склада жизни. Въ *эпоху родового быта* дочь не могла быть полноправнымъ членомъ семьи, такъ какъ ея естественное назначеніе состояло именно въ переходѣ въ другой родъ посредствомъ выхода замужъ. А ея физическая слабость и беззащитность также не могли не отзываться на ея правовомъ положеніи въ тѣ суровыя и воинственныя времена. Такимъ образомъ отсутствіе равноправія въ эту эпоху русской исторіи представляетъ изъ себя вполнѣ естественное явленіе.

Въ *Московскій періодъ* исторіи картина нѣсколько измѣняется. Мы имѣемъ дѣло здѣсь уже съ различными родами имущества, съ недвижимымъ съ одной, съ движимымъ съ другой стороны. А что касается перваго, *недвижимаго*, то проводится грань между *помѣстьями* и вотчинами. По отношенію къ помѣстьямъ родовое начало въ первыя времена не играетъ роли, здѣсь преобладаютъ, какъ извѣстно, *интересы государственной службы*. Но хотя ввиду этого принципіальнаго воззрѣнія на характеръ помѣстій собственно не могло быть рѣчи о правѣ наслѣдованія въ нихъ, то тѣмъ не менѣе по весьма естественнымъ причинамъ таковое образовалось со временемъ—аналогичное явленіе наблюдается всегда и вездѣ при подобныхъ или одинаковыхъ условіяхъ. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ лишь вспомнить о ленномъ правѣ въ Западной Европѣ. Но признаніемъ за сыновьями *наслѣдственнаго права въ помѣстьяхъ* еще не былъ рѣшенъ вопросъ объ участи вдовы помѣщика и его дочерей. Переходить къ нимъ помѣстье едва ли могло не столько по соображеніямъ, вытекающимъ изъ родового начала, сколько

потому, что онѣ не могли представлять эквивалента за полученіе помѣстья: они не могли отправлять государственную службу. Ввиду этого возлагали сначала на преемника умершаго помѣщика обязанность содержать вдову и дочерей.

Но практическія неудобства вытекающія изъ такого порядка, побудили правительство примѣнить новый методъ, а именно отдавать имъ извѣстную часть помѣстья на *прожитокъ*. Первоначально это дѣлалось на основаніи особаго на каждый случай распоряженія, въ 1644 г. же былъ изданъ законъ, установившій разъ на всегда, что вдовѣ слѣдуетъ выдать смотря по обстоятельствамъ, при которыхъ умеръ ея мужъ, 20%, 15 или 10. Изъ всего характера этой выдачи, а также изъ того обстоятельства, что ея величина сообразовывалась съ заслугами мужа, явствуетъ, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ наслѣдованіемъ въ техническомъ значеніи слова, а лишь съ особымъ видомъ *пенсій*. И тоже самое слѣдуетъ сказать относительно выдачъ, установившихся въ пользу дочерей въ половинномъ въ сравненіи съ вдовьей частью размѣрѣ. Съ другой стороны изъ такого пенсіоннаго характера выдачи слѣдовала необходимость давать ее *и при братьяхъ*, что и было признано правительствомъ. И такимъ образомъ выработалось самостоятельное право дочерей на наслѣдство отца, между тѣмъ какъ онѣ до тѣхъ поръ зависѣли отъ братьевъ. Братья содержали ихъ и давали имъ въ случаѣ выхода замужъ приданое по своему усмотрѣнію.

Обращаясь затѣмъ къ *вотчинамъ*, мы замѣчаемъ, что здѣсь положеніе женщинъ было съ одной стороны болѣе выгодное, съ другой же довольно безотрадное. Ибо, если оставить въ сторонѣ княжескія вотчины, переходъ которыхъ по наслѣдству регулировался по понятнымъ причинамъ на основаніи особыхъ принциповъ, то можно установить, что здѣсь осталось въ силѣ старое право: сестра *при братѣ* не наслѣдница и даже выдача ей приданаго требуется не столько закономъ, сколько обычаемъ. А за *неимѣніемъ братьевъ* дочь получаетъ вотчину, причемъ она отбываетъ государственныя повинности посредствомъ или найма или поставки опредѣленнаго количества крестьянъ въ ополченіе. Когда же послѣдовало уравненіе помѣстій съ вотчинами, тогда правило объ указной части дочери было распространено на всѣ роды недвижимой собственности и стало примѣняться также къ вотчинамъ, а съ другой стороны не было уже препятствія къ передачѣ дочери отцовскаго имѣнія, стоявшаго прежде подъ

помѣстнымъ правомъ, если не было на лицо сына. Слѣдуетъ впрочемъ упомянуть и о томъ, что одновременно установился средній размѣръ какъ вдовьей, такъ и дочерней части. Вдовѣ перестали выдавать то 20, то 15, то 10%, а остановились разъ на всегда на 15%, которые были замѣнены затѣмъ одною седьмою. Дочерямъ же стали выдавать соотвѣтственно тому одну четырнадцатую часть отцовскаго недвижимаго имущества.

Менѣе сложна исторія наслѣдованія въ *движимости*. На ея счетъ первоначально не существовало никакихъ правилъ. Это вполнѣ понятно ввиду незначительной роли, которую игралъ въ тогдашнія времена движимый капиталъ. Но съ постепеннымъ измѣненіемъ хозяйственныхъ условій появилась необходимость въ законодательной регулировкѣ. Она послѣдовала со стороны патріарха *Филарета*, который руководствовался при этомъ византійскимъ правомъ, а именно эклогой о бракѣ, заключенномъ безъ письменнаго акта. По этому узаконенію жена получаетъ одну четвертую часть движимаго имущества мужа. А за дочерью признали по аналогіи право на половину, т. е. на восьмую часть отцовской движимости.

Такимъ путемъ образовалось наслѣдственное право, оставшееся *въ силѣ понынѣ*. При этомъ слѣдуетъ указать особо еще на два обстоятельства. Когда было допущено право наслѣдованія въ помѣстьѣ *въ боковыхъ линіяхъ*, тогда вопросъ о наслѣдованіи лицъ женскаго пола при наличности наслѣдниковъ—мущинъ не только не возникъ, но даже возникнуть не могъ. Ибо о пенсіяхъ послѣ братьевъ очевидно не можетъ быть рѣчи. А слѣдовательно осталось въ силѣ старое правило, что сестра при братѣ не наслѣдница и указная часть въ такомъ случаѣ не выдавалась. Во-вторыхъ необходимо указать на то, что положенія, установившія указную часть, не предусматривали случая, чтобы послѣ помѣщика осталась *внучка*. Это представляетъ изъ себя, какъ понятно само собой, весьма чувствительный пробѣлъ, который однако не можетъ быть устраненъ путемъ интерпретаціи. Съ нимъ нужно мириться и поэтому надо понимать ст. 1126 гр. зак. въ буквальномъ смыслѣ и отказывать внучкѣ въ правѣ представленія, если она не является наслѣдницей въ строгомъ смыслѣ слова.

Правда въ литературѣ указывается на то, что указная часть давно уже потеряла свое первоначальное значеніе, что она признается всѣми наслѣдственнымъ правомъ въ настоящемъ смыслѣ

слова и что поэтому нельзя отказывать внучкѣ въ правѣ представленія. На это слѣдуетъ возразить, что наше законодательство во всякомъ случаѣ не присоединилось къ воззрѣнію на указную часть какъ на сокращенную количественно, но равноправную качественно наслѣдственную долю. Оно напротивъ строго различаетъ то и другое понятіе, убѣдительнымъ доказательствомъ чего служитъ уже одна формулировка ст. 1127 и 1128. А ввиду этого было бы совершенно произвольно понимать въ ст. 1126, трактующей о правѣ представленія женщинъ, выраженіе „когда призываются къ наслѣдству“ въ смыслѣ противоположномъ тому, въ которомъ пользуется имъ законодатель. Мотивы такой интерпретаціи разумѣется самые благородные; они истекаютъ изъ желанія довести до минимума дѣйствіе несправедливыхъ по отношенію къ женскому полу законовъ. Но это не можетъ имѣть вліянія на научную критику.

Этотъ споръ впрочемъ не можетъ не обратить вниманія на болѣе общій вопросъ о характерѣ права на *указную часть*: представляетъ ли оно несмотря на терминологію закона право наслѣдованія или нѣтъ? Этотъ принципіальный вопросъ, разумѣется, не зависитъ отъ той или иной терминологіи: воля законодателя, явствующая изъ терминологіи, обязательна для насъ. Но научная теорія, установленная тою же терминологіей, не имѣетъ никакого значенія. По этому и вполнѣ возможно признавать съ одной стороны силу ст. 1126, отрицающей за получательницами указной части право представленія, а съ другой стороны поднять вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли проводить дѣйствительно рѣзкую грань между этими лицами и наслѣдниками въ техническомъ смыслѣ слова.

Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть данъ *утвердительный*. Ибо мы не находимъ въ гражданскихъ законахъ ни одного положенія, которое ставило бы на одну доску наслѣдниковъ и получательницъ указной части. Представительство умершаго переходитъ исключительно на наслѣдниковъ въ техническомъ смыслѣ слова и въ частности лишь они обязаны къ уплатѣ долговъ его. И нигдѣ нѣтъ ни малѣйшаго намека на то, чтобы въ главѣ 3, трактующей о принятіи наслѣдства и послѣдствіяхъ принятія, терминъ „наслѣдникъ“ понимался бы въ иномъ смыслѣ, чѣмъ въ главѣ 2, говорящей о порядкѣ наслѣдованія по закону. Но, какъ извѣстно, *практика Сената* внесла въ эту область полнѣйшую дезорганизацію, выставивъ принципъ, что всякій, получающій что-либо изъ

наслѣдства, долженъ участвовать въ уплатѣ долговъ. Такимъ образомъ наше высшее судебное мѣсто уничтожило грань между наслѣдниками и получательницами указной части. Но на отношеніе науки къ данному вопросу подобныя заблужденія практики разумѣется не могутъ повліять.

Для полноты изложенія слѣдуетъ упомянуть *еще о двухъ постановленіяхъ* гражданскихъ законовъ, за которыми однако едва ли можетъ быть признано какое бы то ни было принципіальное значеніе. Первое изъ нихъ содержится въ ст. 1131. Оно ограждаетъ сыновей отъ могущаго произойти для нихъ невыгоднаго послѣдствія отъ того, что число дочерей очень велико. Оно предписываетъ для случая, чтобы указныя части дочерей были больше долей сыновей, дѣленіе всей наслѣдственной массы на двѣ ровныя части, изъ которыхъ одна достается сыновьямъ, а другая дочерямъ. Второе постановленіе содержится въ ст. 156,1. Оно предписываетъ, чтобы благопріобрѣтенное имущество человѣка, оставляющаго по себѣ и дочерей и усыновленнаго, дѣлилось поровну между послѣднимъ и дочерьми.

Этимъ можно закончить разсмотрѣніе нормъ дѣйствующаго гражданскаго права.

Онѣ, какъ мы видѣли, выработались вполнѣ естественнымъ путемъ и покоятся на *историческихъ основахъ*. Тѣмъ не менѣе онѣ рѣзко противорѣчатъ *современному правосознанію*. Выяснить, на чемъ покоится это противорѣчіе, будетъ не очень трудно, если мы привлечемъ къ сравненію одно изъ западно-европейскихъ правъ и противопоставимъ его прошедшее и настоящее прошедшему и настоящему нашего права. Мнѣ кажется, что для этой цѣли наиболѣе подходитъ *германское право*, ибо ходъ историческаго развитія въ Германіи и въ Россіи, насколько дѣло касается нашей области, имѣлъ много общихъ или даже тождественныхъ чертъ. А между тѣмъ результатъ тамъ совершенно другой, чѣмъ у насъ, и притомъ такой, который вполнѣ удовлетворяетъ современному правосознанію. Именно въ современномъ германскомъ правѣ рѣшительно восторжествовала идея равноправія половъ—за однимъ исключеніемъ, которое также представляетъ интересъ съ нашей точки зрѣнія. А кромѣ того, въ литературѣ германскаго наслѣдственнаго права живо обсуждается и еще одинъ смежный съ нашимъ вопросъ, который также не можетъ оставить насъ равнодушными.

Исходныя точки германскаго права были совершенно тѣ же

самыя, что у насъ. За однимъ исключеніемъ, каковымъ является вестготское право—а въ немъ сказалось вѣроятно вліяніе римскаго права—всѣ *leges barbarorum* выставляютъ принципъ.

Необходимо прибавить лишь упоминаніе о томъ, что несправедливость его постановленія *признана давно даже оффиціальными установленіями.* Уже въ Проектѣ гражданскаго уложенія, составленномъ *Сперанскимъ*, предполагалось допустить, совмѣстное наслѣдованіе братьевъ и сестеръ во всѣхъ линіяхъ, причемъ однако братьямъ удѣлялась часть вчетверо большая, чѣмъ сестрамъ. Въ Государственномъ Совѣтѣ это мнѣніе получило большинство и было утверждено Государемъ, между тѣмъ какъ меньшинство голосовъ высказалось за полное уравненіе въ правахъ братьевъ и сестеръ. Но, какъ извѣстно, проектъ Сперанскаго былъ сданъ въ архивъ. Такая же участь постигла законодательныя предположенія, высказанныя въ 1848 г. графомъ *Блудовымъ*. Наконецъ въ 1864 г. по поводу прошенія *Смоленскаго дворянства* объ уравненіи въ правахъ наслѣдственныхъ женщинъ съ мужчинами министерство юстиціи высказалось съ большою энергіей за реформу въ такомъ направленіи нашего наслѣдственнаго права. Оно указывало на то, что дѣйствующія постановленія рѣзко противорѣчатъ требованіямъ справедливости. Такъ какъ, однако, дворянскія собранія не имѣютъ права ходатайствовать объ общихъ нуждахъ и пользахъ государства и такъ какъ поэтому постановленіе Смоленскаго дворянства не можетъ служить основаніемъ къ возбужденію въ законодательномъ порядкѣ этого вопроса, то министръ юстиціи считаетъ необходимымъ возбудить съ своей стороны вопросъ объ измѣненіи ст. 1130 и 1135.

Этотъ отзывъ министерства былъ препровожденъ во второе отдѣленіе собственной Е. В. канцеляріи, гдѣ онъ, однако, остался безъ движенія. Вопросъ былъ возбужденъ снова лишь *редакціонной комиссіей* для составленія гражданскаго уложенія, которая и разрѣшила его въ положительномъ смыслѣ: проектъ уложенія (въ окончательной редакціи 1905 г.) уже не признаетъ различія въ наслѣдственныхъ правахъ мужчинъ и женщинъ. Извѣстную роль при принятіи такого принципа сыграло, вѣроятно, и то обстоятельство, что *судебные дѣятели*, давшіе отзывы о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ, высказались безъ исключенія за необходимость такой реформы. Въ частности они указывали и на то обстоятельство, что нынѣ дѣйствующія несправедливыя постановленія на практикѣ постоянно обходятся.

Но эти постановленія остались въ силѣ тѣмъ не менѣе и понынѣ: что сестра при братѣ не наслѣдница, насколько дѣло касается недвижимостей. Иногда впрочемъ дочери исключаются лишь изъ наслѣдованія въ родовыя недвижимости—terra aviatica. Съ другой стороны мы встрѣчаемся и съ постановленіями, по которымъ дочери не получаютъ недвижимости, пока имѣется на лицо вообще родственникъ мужского пола по мужской линіи—Schvertmager. Очевидно, что рѣшающимъ моментомъ является здѣсь также какъ въ древнемъ русскомъ правѣ *родовое начало.*

Его дѣйствіе можно наблюдать также въ правѣ болѣе поздняго періода. Такъ называемые сборники права—Rechtsbücher—предпочитаютъ равнымъ образомъ сыновей дочерямъ и въ частности наиболѣе выдающійся изъ сборниковъ, Саксонское Зерцало, провозглашаетъ древній принципъ, что сестра при братѣ не наслѣдница въ недвижимости.

Но какъ извѣстно, сборники права распадаются на двѣ части: одна изъ нихъ касается земскаго права и трактуетъ объ аллодіальномъ имуществѣ, между тѣмъ какъ другая посвящается ленному праву. И вотъ въ *ленномъ правѣ* приходится констатировать дѣйствіе уже не родового начала, а другого, аналогичнаго тому, которымъ опредѣлялось въ Россіи право помѣстное. Въ виду особой структуры феодальной системы здѣсь едва ли приходится говорить о государственномъ началѣ. Правильнѣе будетъ называть этотъ принципъ прямо *феодальнымъ.* И вотъ здѣсь, гдѣ дѣло шло также о службѣ, доступной по самой своей природѣ лишь для мужчинъ, образуется новый источникъ для предпочтенія мужского пола женскому. По ленному праву сестра не только при братѣ не наслѣдница, но она вообще не наслѣдница. Таковъ по крайней мѣрѣ принципъ, который, правда, на практикѣ сталъ нарушаться не совсѣмъ рѣдко.

Итакъ, мы имѣемъ дѣло въ Германіи, равнымъ образомъ какъ въ Россіи, съ предпочтеніемъ мужского пола женскому на основаніи двухъ принциповъ: родового съ одной стороны, феодальнаго съ другой. Но существовала еще *третья область*, область *крестьянской* жизни. Какъ извѣстно, земское право простирало свое дѣйствіе на все свободное населеніе независимо отъ состоянія. Но уже въ 12 вѣкѣ начинается закрѣпощеніе крестьянства путемъ поступленія его подъ власть дворянъ или феодаловъ,—поступленія, вызваннаго цѣлымъ рядомъ экономическихъ и политическихъ причинъ. Со временемъ вырабатывается для владѣльцевъ подневоль-

ныхъ или обязанныхъ крестьянскихъ усадебъ особое право подъ названіемъ Hofrecht. И въ немъ мы снова встрѣчаемся съ предпочтеніемъ мужского пола женскому. Въ этомъ отчасти отразилось вліяніе земскаго права, по которому крестьяне жили прежде. Но отчасти содѣйствуетъ и другой моментъ: феодалы были заинтересованы въ томъ, чтобы усадьба попадала лишь въ руки лицъ, способныхъ къ уплатѣ чинша и отбыванію повинностей. А таковыми считались только мужчины. Значитъ, здѣсь оказала свое вліяніе точка зрѣнія *экономическая*. Мимоходомъ слѣдуетъ впрочемъ обратить вниманіе на то обстоятельство—къ которому я вернусь впослѣдствіи — что принципъ экономическій произвелъ одно рѣшительное измѣненіе, вводя въ германское право, чуждый ему до тѣхъ поръ, *принципъ единонаслѣдія*: феодалы не желали пониженія производительности усадьбы вслѣдствіе ея дробленія на части и также не желали имѣть дѣло съ большимъ числомъ лицъ, обязанныхъ къ отбыванію повинностей, чѣмъ то было необходимо. Кромѣ того, не остался безъ вліянія вѣроятно и примѣръ ленная права: въ немъ съ самаго начала господствовалъ принципъ единонаслѣдія, такъ какъ въ виду особаго характера создавшихся имъ отношеній между васалломъ и сюзереномъ лишь онъ обезпечивалъ правильную обстановку лепной службы.

Этотъ средневѣковой строй германскаго наслѣдственнаго права былъ нарушенъ сперва въ *городахъ*. Въ нихъ естественнымъ образомъ родовое начало не могло сохраниться въ той силѣ и чистотѣ, какъ въ деревнѣ. Сильная флуктуація населенія въ связи съ преобладаніемъ движимаго и благопріобрѣтеннаго капитала надъ недвижимымъ и унаслѣдованнымъ должна была подточить его вліяніе. И болѣе свободолюбивый и индивидуалистическій духъ, развившійся въ городахъ, также сыгралъ свою роль. Поэтому вполнѣ понятно, если мы встрѣчаемъ въ городскихъ правахъ уже въ періодъ *сборниковъ права признаніе равноправія* женщинъ въ области наслѣдственнаго права, если мы видимъ, что старый принципъ, по которому сестра при братѣ не наслѣдница, потерялъ свою силу уже въ Госларскихъ Статутахъ и въ т. наз. Сборникѣ по дистинкціямъ.

Эта новая точка зрѣнія вскорѣ завоевала себѣ всеобщее признаніе въ городскихъ правахъ, тѣмъ болѣе, что и начинающееся *вліяніе римскаго права* содѣйствовало такому развитію. Вѣдь намъ извѣстно, что римское право послѣ послѣдовавшей при Юстиніанѣ отмѣны lex Voconia не знало уже въ области наслѣдственнаго права

никакихъ ограниченій, падавшихъ на женскій полъ. И подъ общимъ напоромъ этихъ факторовъ исчезло въ германскомъ городскомъ правѣ предпочтеніе сыновей дочерямъ. А когда былъ уничтоженъ феодальный строй въ Германіи, тогда и земское право пошло по пути, указанному городскимъ. Однако извѣстные *слѣды прежняго* порядка сохранились. Это является слѣдствіемъ того обстоятельства, что феодальный строй продолжалъ держаться въ поземельныхъ отношеніяхъ, послѣ того какъ онъ потерялъ уже свое государственное и политическое значеніе, когда существовало уже не феодальное государство, а государство полицейское. И вотъ на этой почвѣ произошло *сліяніе между родовымъ и феодальнымъ принципами*, причемъ родовое начало приняло аристократическую и семейную окраску. Появилось стремленіе къ поддержанію богатства и блеска рода—splendor familiae. А вслѣдствіе того, *единонаслѣдіе* потеряло характеръ мѣры, принятой въ интересахъ ленной службы, и стало орудіемъ именно къ поддержанію семейнаго блеска. Въ виду этого единонаслѣдіе и сохранилось послѣ уничтоженія феодальнаго строя, точнѣе, послѣ ликвидаціи леннаго права какъ аграрнаго. Оно осталось въ силѣ не только для майоратовъ на основаніи особаго ихъ учрежденія, но также для извѣстныхъ категорій родовыхъ имѣній—Stamgüter. Съ другой стороны, *уничтоженіе крѣпостного права*, тяготѣвшаго надъ крестьянами, подчинило и наслѣдованіе въ крестьянскихъ усадьбахъ общему праву. Однако и здѣсь произошло въ извѣстныхъ, такъ сказать, предѣлахъ перемѣщеніе мотивовъ: единонаслѣдіе было введено въ крестьянскій бытъ въ интересахъ феодальныхъ владѣльцевъ. Но такой порядокъ, во первыхъ, сталъ привычнымъ для крестьянъ, во вторыхъ же, среди послѣднихъ созрѣло убѣжденіе, что только путемъ сохраненія его можно противодѣйствовать чрезмѣрной задолженности и чрезмѣрному дробленію поземельной собственности. И вотъ въ виду этого наблюдается фактъ, что въ иныхъ германскихъ территоріяхъ, въ частности въ Ганноверѣ и Вестфаліи, сохранился институтъ, называемый *Anerbenrecht* и сущность котораго состоитъ въ томъ, что крестьянская усадьба переходитъ всегда только къ одному изъ сонаслѣдниковъ, причемъ онъ получаетъ сравнительно бо́льшую долю. Въ цѣломъ рядѣ другихъ территорій, напротивъ, въ широкомъ ходу т. наз. *Gutsübergabe*, т. е. передача усадьбы одному изъ наслѣдниковъ еще при жизни собственника, причемъ опять таки пріобрѣтатель усадьбы натурою пользуется разными преимуществами, дабы задолженность имѣнія

не превышала извѣстныхъ предѣловъ. Но характерно при этомъ, то, что *принципіальнаго предпочтенія сыновей передъ дочерьми здѣсь не имѣется* налицо: при неработоспособности сыновей усадьба какъ по Anerbenrecht, такъ и при передачѣ усадьбы можетъ достаться и дочери. Правда, на практикѣ это бываетъ довольно рѣдко въ виду того, что управленіе германскимъ Bauerngut'омъ требуетъ какъ спеціальной подготовки, такъ и физической силы. А то и другое при нынѣшнихъ условіяхъ жизни крестьянъ въ Германіи имѣется у женщинъ лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Но *принципіально* мы во всякомъ случаѣ имѣемъ здѣсь дѣло лишь *съ хозяйственными* соображеніями, между тѣмъ какъ единонаслѣдіе въ упомянутыхъ мною категоріяхъ—дворянскихъ вотчинахъ держится благодаря родовымъ спеціально аристократическимъ традиціямъ. Мимоходомъ я укажу на то, что въ земскомъ правѣ *Прибалтійскихъ* губерній, которое, какъ извѣстно, покоится на германскомъ правѣ, удержались также извѣстныя преимущества сыновей по отношенію къ недвижимостямъ, а отчасти и по отношенію ко всему отцовскому наслѣдству. Исторической почвой является и въ этомъ случаѣ ленное право. Но я думаю, что его сохраненію содѣйствовали до извѣстной степени и тѣ экономическія соображенія, которыя повліяли на мелкое землевладѣніе въ Германіи.

Итакъ, мы видимъ, что въ Германіи сохранился *особый порядокъ* наслѣдованія лишь въ *двухъ* классахъ, между тѣмъ какъ *общее право* давно признало принципъ равноправія половъ. Справедливость и вѣрность этого принципа до такой степени не подвергаются сомнѣнію, что при составленіи новаго Германскаго Гражданскаго Уложенія даже не возникла мысль о возможности иного порядка. И этотъ фактъ нашелъ чрезвычайно яркое выраженіе въ томъ, что авторы мотивовъ Уложенія, которые, какъ извѣстно, обсуждаютъ съ любовью всѣ вопросы, встрѣчающіеся на ихъ пути, этого вопроса вовсе не касаются. Ибо здѣсь, по ихъ мнѣнію, нѣтъ вопроса. И они совершенно правы. Разъ перестали играть роль въ этой области принципы родовой и феодальный, такъ единственно рѣшающимъ долженъ быть *принципъ справедливости*. А онъ настойчиво требуетъ уравненія въ наслѣдственныхъ правахъ мужчинъ и женщинъ. Дочери при нормальныхъ условіяхъ семейной жизни столь же близки сердцу отца, будущаго наслѣдодателя, какъ сыновья, и онѣ въ общемъ даже болѣе нуждаются въ матеріальномъ обезпеченіи.

Такимъ образомъ Германское право сумѣло вывести необходимыя послѣдствія измѣнившихся условій жизни. И вотъ *поднимается* вопросъ, почему же у насъ въ Россіи сохранились древнія узаконенія, почему у насъ до сихъ поръ сестра при братѣ не наслѣдница? Можетъ быть у насъ сохранились въ силѣ тѣ принципы, которые нѣкогда были причиной установленія такого порядка?

Едва ли кто станетъ утверждать, что у насъ еще въ силѣ родовой принципъ въ первоначальномъ смыслѣ слова — вѣдь мы уже давно перестали жить родовымъ бытомъ. А что касается принципа государственнаго права, проявившагося въ помѣстномъ правѣ, то онъ давно исчезъ со сцены. Этотъ фактъ былъ въ свое время даже оффиціально признанъ уничтоженіемъ помѣстнаго права. И такимъ образомъ необходимо признать, что нѣтъ уже болѣе аргумента въ пользу предпочтенія мужского пола женскому.

Но необходимо поднять еще одинъ вопросъ: можетъ быть эта аргументація правильна лишь для *населенія въ общемъ*, между тѣмъ какъ *отдѣльные его классы* нуждаются въ особыхъ постановленіяхъ. Вѣдь мы видѣли, что и въ современной Германіи сохранился особый порядокъ наслѣдованія съ одной стороны для извѣстныхъ категорій дворянскихъ вотчинъ, съ другой—для крестьянскихъ усадебъ. Мыслимо, что то же самое желательно и для Россіи.

Однако, что касается спеціальныхъ постановленій, относящихся къ крупному землевладѣнію, то необходимо указать на то обстоятельство, что *связь между дворянствомъ и землею* въ Россіи гораздо слабѣе, чѣмъ, напр., въ Германіи или въ Прибалтійскомъ краѣ и что его традиціи вообще не такія, чтобы въ немъ было замѣтно сильное стремленіе къ закрѣпленію за собой поземельной собственности какъ таковой, а не какъ носительницы денежной цѣнности. А во вторыхъ, такое стремленіе, если оно все-таки имѣется налицо, можетъ быть удовлетворено путемъ учрежденія майората.

Такимъ образомъ слѣдуетъ признать, что *родовой принципъ* въ современномъ аристократическомъ смыслѣ, въ какомъ онъ привелъ въ Германіи къ сохраненію Stamgüter, не можетъ и не долженъ повліять на наше гражданское законодательство. И остается лишь *второй вопросъ*, не требуютъ ли соображенія *экономическаго характера* сохраненія нашего нынѣшняго наслѣдственнаго права, подобно тому, какъ они содѣйствовали въ Германіи сохраненію институтовъ Anerbenrecht и Gutsübergabe.

Этотъ вопросъ касается очевидно въ равной мѣрѣ какъ круп-

наго, такъ и средняго и мелкаго землевладѣнія. При дѣйствіи равнаго наслѣдственнаго права они, безъ сомнѣнія, всѣ подвержены опасности съ одной стороны чрезмѣрнаго дробленія, съ другой— чрезмѣрной задолженности.

Какъ извѣстно, этотъ вопросъ сильно тревожитъ юристовъ и политическихъ экономовъ на Западѣ, особенно въ *Германіи и во Франціи*. Въ послѣдней слово объ угрожающемъ или уже наступившемъ morcellement de la France давно стало крылатымъ. Существуетъ, конечно, и школа, отрицающая наличность какой-либо опасности. Такъ, напр., извѣстный Мюнхенскій профессоръ *Брентано* утверждаетъ, что въ возрастающей задолженности нѣтъ ничего неблагопріятнаго, такъ какъ ею ускоряется лишь переходъ задолженнаго имѣнія въ руки новаго, болѣе сильнаго капиталомъ владѣльца. Но онъ не обращаетъ никакого вниманія на судьбу прежняго владѣльца и на неблагопріятныя во всякомъ случаѣ для интересовъ народнаго хозяйства послѣдствія перемѣны владѣнія. А если онъ говоритъ, что послѣдствіемъ дробленія поземельной собственности будетъ лишь возрастающая интенсификація, то онъ упускаетъ изъ виду, что этотъ аргументъ подходитъ развѣ къ тѣмъ счастливымъ областямъ, въ которыхъ главную роль играютъ винодѣліе, огородничество и садоводство, между тѣмъ какъ при менѣе благопріятныхъ климатическихъ и почвенныхъ условіяхъ, безъ сомнѣнія, существуетъ извѣстный минимумъ величины участка, послѣ достиженія котораго производительность начинаетъ понижаться. Но если не считаться поэтому съ воззрѣніями Брентано и его единомышленниковъ, то слѣдуетъ указать на то, что во Франціи спасеніе ожидается отъ расширенія завѣщательной свободы, въ Германіи же отъ введенія во всей имперіи Anerbenrecht, т. е. установленія такого порядка, по которому наслѣдникъ, получающій имѣніе въ натурѣ, пользовался бы болѣе или менѣе значительными преимуществами, въ частности получалъ бы бо́льшую долю по сравненію съ сонаслѣдниками и пользовался бы льготами при уплатѣ сонаслѣдникамъ наличными ихъ долей.

И вотъ поднимается вопросъ, не *угрожаютъ ли и Россіи* тѣ же опасности, не слѣдуетъ ли принять мѣры противъ нихъ, не слѣдуетъ ли въ частности избѣгать всякія измѣненія нашего наслѣдственнаго права, которыя могли бы привести къ чрезмѣрному дробленію или чрезмѣрной задолженности поземельной собственности? И безъ сомнѣнія будетъ указано на то, что и предполагаемая нынѣ реформа клонится къ такимъ послѣдствіямъ.

Мнѣ кажется, что на такую аргументацію необходимо возразить слѣдующее: вопросъ объ установленіи *особаго порядка наслѣдованія въ поземельную собственность*, безъ сомнѣнія, вопросъ весьма важный для Россіи также, какъ для Западной Европы. Онъ заслуживаетъ всякаго вниманія и самаго серьезнаго изслѣдованія. И я думаю, что нынѣ, въ настоящую минуту нельзя отвѣтить на него съ увѣренностью ни положительно, ни отрицательно. Во всякомъ же случаѣ слѣдуетъ сказать, что вопросъ о введеніи особаго порядка наслѣдованія въ поземельную собственность *не имѣетъ ни малѣйшаго отношенія* къ вопросу объ уравненіи въ наслѣдственныхъ правахъ обоихъ половъ. Ибо тамъ рѣчь идетъ не о предпочтеніи мужчинъ женщинамъ, но лишь о предпочтеніи наслѣдника, получающаго имѣніе въ натурѣ, наслѣдникамъ, получающимъ свои доли деньгами. Въ этомъ заключается весь вопросъ, а полъ тутъ ни при чемъ. Вполнѣ возможно, что въ виду тѣхъ или иныхъ причинъ имѣніе переходитъ не къ сыну, а къ замужней или незамужней дочери — вѣдь это бываетъ въ крестьянскомъ быту Германіи. И тогда всѣ выгоды Anerben' а получаетъ она, а не ея братья. По всему смыслу такого института это и не можетъ быть иначе. Нельзя конечно отрицать, что по введеніи въ жизнь предполагаемой нынѣ реформы положеніе наслѣдника, получающаго имѣніе въ натурѣ, иногда будетъ *невыгоднѣе, чѣмъ по дѣйствующему праву*. Но отъ возможности такихъ случайныхъ комбинацій принципіальная постановка вопроса нисколько не измѣняется. Если будетъ признано, что мы нуждаемся въ институтѣ, аналогичномъ германскому Anerbenrecht'у, то долженъ быть изданъ соотвѣтствующій законъ. Но мы не можемъ создавать путемъ сохраненія устарѣвшихъ и несправедливыхъ принциповъ, не имѣющихъ уже почвы въ современной жизни, суррогата, который все равно въ большинствѣ случаевъ окажется негоднымъ.

Позвольте, мм. гг., еще разъ *резюмировать* все сказанное: современное предпочтеніе мужчинъ женщинамъ въ нашихъ гражданскихъ законахъ является слѣдствіемъ той роли, которую играли въ далекіе вѣка принципы родовой и государственный. Но эти принципы давно уже потеряли свое значеніе. Однако наше законодательство не сумѣло сообразоваться съ измѣнившимися условіями жизни и осталось вѣрнымъ устарѣлымъ и отжившимъ идеямъ. Вслѣдствіе того создалось положеніе, которое стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчіи какъ съ нынѣшними соціальными и экономическими

условіями жизни, такъ и съ правосознаніемъ общества. А это противорѣчіе можетъ быть устранено только путемъ принятія законодательнаго предположенія объ уравненіи въ наслѣдственныхъ правахъ мужчинъ и женщинъ. Для допущенія же изъятій нѣтъ причинъ: потребности въ этой области крупнаго землевладѣнія, если онѣ вообще существуютъ, могутъ быть удовлетворены инымъ путемъ—учрежденіемъ майоратовъ, между тѣмъ какъ вопросъ о борьбѣ противъ дробленія и задолженности землевладѣнія не имѣетъ ничего общаго съ вопросомъ, стоящимъ теперь на порядкѣ дня.

Необходимо указать и на то благопріятное обстоятельство, что проведеніе этой реформы не встрѣчаетъ никакихъ серьезныхъ препятствій въ области юридической, а въ частности *законодательной техники.* Весь вопросъ сводится къ измѣненію нѣкоторыхъ немногочисленныхъ статей гражданскихъ законовъ и къ отмѣнѣ столь же немногочисленныхъ другихъ.

Такъ обстоитъ дѣло относительно гражданскаго права. Здѣсь нѣтъ затрудненій и не можетъ быть сомнѣній. Но весьма трудно рѣшить вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли распространить предполагаемую реформу и на обычное, на *крестьянское право?* Я о немъ не упоминалъ до сихъ поръ, потому что внесенное въ Думу законодательное предположеніе относится лишь къ гражданскому праву въ тѣсномъ смыслѣ слова. Тѣмъ не менѣе этотъ вопросъ долженъ быть поставленъ.

Нынѣшнее положеніе, насколько извѣстно, сводится къ тому, что въ общемъ господствуетъ правило, по которому *сестра при братѣ* не наслѣдница. Она получаетъ лишь незначительную часть движимости по усмотрѣнію братьевъ, да и то не всегда. А полнымъ правомъ наслѣдованія она пользуется только за неимѣніемъ братьевъ. Бываютъ и исключенія, но они немногочисленны: иногда дочери участвуютъ на равныхъ съ братьями правахъ въ наслѣдованіи въ отцовскую движимость, а иногда онѣ получаютъ, очевидно подъ вліяніемъ гражданскихъ законовъ, указную часть. Но основнымъ принципомъ остается во всякомъ случаѣ отрицаніе за дочерьми наслѣдственнаго права. Нѣсколько лучше ихъ положеніе по отношенію къ *наслѣдству по матери*: женская одежда, домашняя утварь и тому подобныя вещи переходятъ обыкновенно къ дочерямъ, между тѣмъ какъ ея прочее имущество — которое однако встрѣчается довольно рѣдко — достается сыновьямъ. Бываетъ впрочемъ и то, что все материнское наслѣдство достается

тому изъ дѣтей, у котораго жила мать, причемъ на полъ не обращается вниманія.

Такимъ образомъ въ крестьянскомъ быту сохранились принципы древняго права и сохранились благодаря правосознанію народа. *Законодательство тутъ ни при чемъ.* Мы имѣемъ предъ нами просто послѣдствіе того, что въ массѣ крестьянства до сихъ поръ живетъ убѣжденіе, что продолжаетъ семью мужчина и что женщина есть человѣкъ, такъ сказать, второго сорта. Другими словами, обстановка жизни въ крестьянской средѣ въ этомъ отношеніи еще та же самая, которая замѣчается въ Германіи во времена leges barbarorum и сборниковъ права, а у насъ въ періодъ Русской Правды и въ Московскій періодъ. И поэтому вполнѣ мыслимо возраженіе, что подобное положеніе дѣлъ согласно съ правосознаніемъ народа и что законодательная нормировка этого вопроса, противорѣчащая обычаямъ и воззрѣніямъ крестьянъ, является очень опаснымъ экспериментомъ. Къ тому же имѣются налицо и практическія затрудненія: обычное право останется пока въ силѣ во всемъ своемъ объемѣ, а одинъ этотъ частный вопросъ будетъ регулированъ закономъ.

На такіе аргументы нельзя не *отвѣтить слѣдующее*: если не обманываютъ многочисленные признаки, то въ крестьянской средѣ готовится, а можетъ быть и начался уже *переворотъ* и въ этой области. Хозяйственныя условія жизни начинаютъ измѣняться и одновременно проникаютъ сюда и современныя гуманныя идеи. А одною изъ благороднѣйшихъ задачъ гражданскаго права слѣдуетъ считать, безъ сомнѣнія, оказаніе поддержки такимъ вѣяніямъ съ цѣлью воспитанія народа въ направленіи къ идеалу человѣчности. Далѣе слѣдуетъ указать на то, что предполагается *распространить на крестьянское населеніе* Россіи дѣйствіе новаго гражданскаго уложенія, которое рано или поздно всетаки должно войти въ силу. А это, безъ сомнѣнія, произведетъ сильную пертурбацію въ правовой жизни крестьянъ. И именно въ виду этого необходимо спросить, имѣетъ ли смыслъ отсрочка этой частичной реформы, не лучше ли вводить реформы постепенно, гдѣ возможность такой постепенности есть налицо и начать въ настоящемъ случаѣ съ введенія женскаго равноправія въ области наслѣдственнаго права?

Мнѣ лично кажется, что на эти вопросы слѣдуетъ отвѣтить утвердительно, но я нисколько не отрицаю, что въ области крестьянскаго права проведеніе нашей реформы будетъ труднѣе, чѣмъ въ области гражданскаго.

Въ *заключеніе* я выскажу пожеланіе, чтобы давно назрѣвшая

и необходимая реформа была осуществлена въ возможно короткій срокъ и прибавлю къ тому еще второе пожеланіе, а именно то, чтобы такое частичное устраненіе одного изъ недостатковъ нашего гражданскаго права не задержало бы той коренной реформы, которая предполагается въ виду новаго гражданскаго уложенія, чтобы общественное мнѣніе не успокоилось такими подачками, а настойчиво требовало бы того переустройства всей нашей гражданско-правовой жизни, въ которой мы нуждаемся. И я думаю, что вы, мм. гг., согласитесь со мной, если я скажу, что одной изъ важнѣйшихъ задачъ современныхъ русскихъ юристовъ является именно забота объ этомъ.

По окончаніи доклада начались пренія.

*А. Г. Воронов*ъ заявилъ, что онъ очень сочувственно относится къ реферату. Стремленіе къ равноправію обнаружились у насъ еще до Сперанскаго, а именно, въ XVIII столѣтіи, при Екатеринѣ. Когда говорится о неравенствѣ наслѣдованія, то не слѣдуетъ ограничиваться указаніемъ на его наличность при наслѣдованіи нисходящихъ и въ боковыхъ линіяхъ, слѣдуетъ также имѣть въ виду и наслѣдованіе въ линіи восходящей. Докладчикъ не коснулся послѣдняго вопроса, между тѣмъ этотъ вопросъ разрѣшенъ въ проектѣ гражданскаго уложенія. Дѣйствующее право, говоря о порядкѣ наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ, между прочимъ, въ ст. 1138 устанавливаетъ: „Въ боковыхъ линіяхъ имѣнія родовыя переходятъ: отцовское всегда въ родъ отца, материнское въ родъ матери. Имѣніе самимъ бездѣтнымъ владѣльцемъ пріобрѣтенное, когда объ ономъ не сдѣлано особыхъ распоряженій, поступаетъ также въ родъ отца, за исключеніемъ случая, въ статьѣ 1140 означеннаго“. Въ этой статьѣ братья единокровные и единоутробные призываются къ наслѣдству въ имуществѣ благопріобрѣтенномъ и относительно котораго наслѣдодателемъ не сдѣлано завѣщательныхъ распоряженій только въ случаѣ отсутствія родныхъ братьевъ и сестеръ и ихъ потомства. Если же не будетъ на лицо братьевъ единоутробныхъ и единокровныхъ, то къ наслѣдованію призываются единоутробныя и единокровныя сестры. По этому поводу въ 1907 году появилась статья барона Нольде, въ которой, между прочимъ, указывалось, что еще въ 40-хъ годахъ предполагалось дать распространительное толкованіе этой статьѣ, чего однако не допустилъ графъ Паленъ.

М. Я. Пергаментъ, указавъ на нѣкоторые мелкіе пробѣлы, допущенные въ рефератѣ въ изложеніи наслѣдованія по боковой линіи, обращаетъ вниманіе докладчика на то, что имъ напрасно не затронутъ вопросъ о необходимомъ наслѣдованіи. Далѣе, говоря о реформѣ наслѣдственнаго права, нужно имѣть въ виду, что эту реформу слѣдуетъ распространить и на крестьянъ. Указывалось, что съ увеличеніемъ числа наслѣдниковъ неизбѣжно имущество будетъ дробиться. Но противъ этого есть средство: ограниченіе круга наслѣдниковъ. Германское уложеніе въ первомъ Проектѣ не знало никакихъ ограниченій; но когда по этому поводу по лицу всей Германіи поднялся протестъ, то въ Рейхстагѣ въ самую послѣднюю минуту желанное ограниченіе было введено. Въ заключеніе оппонентъ указываетъ, что неравное положеніе женщины въ области наслѣдственнаго права есть явленіе безнравственное.

В. И. Черницкій указываетъ, что ему, какъ члену Гос. Думы, внесшему законопроектъ объ уравненіи женщинъ въ наслѣдственныхъ правахъ, особенно цѣнны указанія, сдѣланныя докладчикомъ и оппонентами. Что касается упрековъ относительно слишкомъ узкихъ рамокъ предпринятой реформы, то слѣдуетъ имѣть въ виду, что на вещи можно смотрѣть съ двухъ точекъ зрѣнія: юриста-художника и обывателя. Въ то время, когда первый желаетъ видѣть законъ во всей его полнотѣ, послѣдній, слыша горе и стоны со всѣхъ сторонъ, не гоняется за полнотою, а старается исправить ошибки, освободиться отъ того, что непосредственно давитъ и коверкаетъ жизнь. Послѣднее и было стимуломъ для внесенія проекта въ Государственную Думу въ его настоящемъ видѣ. И членамъ Государственной Думы приходило въ голову: не затронуть ли все наслѣдственное право, но ихъ останавливала мысль, что для этого нужны годы, десятилѣтія, а жизнь между тѣмъ не ждетъ. Рѣшено было потому ограничиться проведеніемъ скромной реформы: ввести справедливый принципъ, и въ будущемъ проявлять свое жизненное начало, устранивъ все то, что такъ или иначе способно тормозить его примѣненіе.

Ф. А. Вальтеръ не можетъ согласиться съ докладчикомъ, что проведеніе реформы уравненія мужчинъ и женщинъ въ области наслѣдственнаго права не представляетъ никакихъ техническихъ трудностей. Дѣло въ томъ, что всѣ нормы на-

слѣдственнаго права стоятъ въ болѣе тѣсной связи между собою, чѣмъ нормы другой отрасли права; поэтому слѣдуетъ приступать къ реформированію только въ томъ случаѣ, если есть возможность реформировать все наслѣдственное право. Какъ докладчикъ, такъ и члены Государственной Думы держатся иного взгляда: они полагаютъ, что нужно устранить одинъ пока недостатокъ, а тамъ можно приступить къ исправленію и другихъ частей. Но не слишкомъ ли узка такая задача? Изъ исторической справки видно, что указная доля дочери возникла изъ половины указной доли вдовы. Если нѣтъ сыновей, дочери дѣлятъ наслѣдство пополамъ, между тѣмъ доля вдовы опредѣлена разъ навсегда. Можно ли, говоря объ уничтоженіи указной части дочери оставить безъ вниманія указную часть вдовы, а если такъ, то пересмотру подлежатъ наслѣдованіе не только въ линіи нисходящей, и боковой, но и между супругами. Мало того: необходимо пересмотрѣть или вѣрнѣе установить и наслѣдованіе въ линіи восходящей. Словомъ необходимо теперь же пересмотрѣть весь порядокъ наслѣдованія. Внесенный въ Государственную Думу проектъ говоритъ объ имуществѣ въ общей формѣ, не дѣлая различія между имуществомъ родовымъ и благопріобрѣтеннымъ. Между тѣмъ это можетъ повлечь за собою нежелательное съ экономической точки зрѣнія явленіе — дробленія родовыхъ имуществъ. На вредъ этого явленія указывалось неоднократно, между прочимъ и на дворянскихъ съѣздахъ. При предполагаемомъ равноправіи дробленіе имуществъ еще болѣе увеличится. Противъ этого надо было бы тоже принять мѣры. Было бы, быть можетъ, весьма желательно внесеніе дополнительнаго правила, въ силу котораго наслѣдодателю предоставлено было бы право свободно распоряжаться имуществомъ въ предѣлахъ семьи. Такимъ образомъ реформа неизбѣжно усложняется. Упростить ее до тѣхъ предѣловъ, въ которыхъ начертили ее члены Гос. Думы, очевидно невозможно.

Докладчикъ бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ выразилъ благодарность своимъ оппонентамъ за ихъ указанія. Однако онъ даже тогда не могъ бы сообразоваться съ ними, если бы онъ зналъ ихъ напередъ. Ибо онъ задавался цѣлью докладывать о предполагаемомъ нынѣ проектѣ реформы, а не о возможныхъ реформахъ въ области наслѣдственнаго права вообще. Поэтому онъ и не могъ допускать тѣхъ пробѣловъ, о кото-

рыхъ говорили оппоненты. А что касается возраженія, что сама реформа предполагается въ слишкомъ узкихъ рамкахъ, то онъ можетъ присоединиться лишь къ доводамъ чл. Думы Черницкаго. Онъ высказывается только противъ плана расширить въ случаѣ принятія проекта объ уравненіи мужчинъ и женщинъ въ области наслѣд. права свободу завѣщанія по отношенію къ родовымъ имѣніямъ. Этотъ планъ соотвѣтствуетъ принятымъ во Франціи воззрѣніямъ, между тѣмъ какъ докладчикъ полагаетъ, что до реформы наслѣдственнаго права въ недвижимости у насъ необходимо тщательно изучить выработанныя въ Германіи институты, въ частности Anerbenrecht.

Предсѣдатель М. М. Винаверъ, останавливаясь на имѣвшихъ мѣсто преніяхъ, указываетъ, что въ нихъ обнаружилась несомнительность самаго принципа равноправія, а разногласія касались лишь тѣхъ рамокъ, въ предѣлахъ которыхъ долженъ быть осуществленъ этотъ принципъ. Одни, какъ Ф. А. Вальтеръ, настаивали на проведеніи названной реформы во всей ея широтѣ, другіе, наоборотъ, указывали на необходимость отдѣленія отъ реформы всего того, что могло бы такъ или иначе тормозить ея проведеніе. Несомнѣнно при болѣе широкой постановкѣ вопроса, особенно если въ той или иной мѣрѣ будетъ задѣтъ институтъ родовыхъ имуществъ, законопроектъ осужденъ на неудачу и во всякомъ случаѣ на значительныя проволочки. Изъ всѣхъ вопросовъ въ области такъ называемаго женскаго равноправія самымъ безспорнымъ былъ всегда вопросъ объ уравненія мужчинъ и женщинъ въ области наслѣдственнаго права, и тѣмъ не менѣе по сіе время этотъ вопросъ не получилъ благополучнаго разрѣшенія только, благодаря тому, что вмѣстѣ съ указанной реформой желали проводить и другія тѣсно съ нею связанныя и постоянно встрѣчавшія затрудненія. Поэтому необходимо отдѣленіе всего того, что такъ или иначе могло бы затормозить проведеніе законопроекта, внесеннаго въ Государственную Думу. Въ заключеніе нельзя не поблагодарить, какъ членовъ Государственной Думы, взявшихъ на себя починъ, такъ и докладчика за прочитанный докладъ и пожелать, чтобы внесенный законопроектъ получилъ осуществленіе въ самомъ ближайшемъ будущемъ.

Засѣданіе закрыто въ 12 часовъ ночи.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія.

14-го марта 1909 года.

Предметы занятій:

1. Докладъ дѣйствительнаго члена *А. А. Жижиленко*: „О безотвѣтственности народныхъ представителей".

2. Сообщеніе на ту же тему члена Общества *барона А. Ф. Мейендорфа.*

Засѣданіе открылось въ 8½ час. вечера подъ предсѣдательствомъ *В. Д. Набокова.* Слово предоставлено докладчику *А. А. Жижиленко*, прочитавшему слѣдующій докладъ.

Коренное измѣненіе нашего государственнаго строя, происшедшее 17 октября 1905 г., выдвинуло на очередь цѣлый рядъ вопросовъ, которые до сихъ поръ въ условіяхъ русской дѣйствительности имѣли только теоретическій характеръ и не могли представлять непосредственнаго практическаго интереса. Теперь многіе изъ такихъ вопросовъ перестали быть для насъ отвлеченными теоретическими проблеммами и сдѣлались жгучими вопросами текущей жизни; сообразно съ этимъ появился и интересъ къ нимъ не только у спеціалистовъ—юристовъ, но и у широкой публики, настоятельно ждущей отвѣта на нихъ.

Къ числу такихъ вопросовъ, имѣющихъ въ настоящее время для насъ не только теоретическое, но и практическое значеніе, относится вопросъ о безотвѣтственности народныхъ представителей за тѣ сужденія и мнѣнія, которыя они высказываютъ при исполненіи обязанностей своего званія. Данный вопросъ для современныхъ конституціонныхъ государствъ представляется вопросомъ, давно уже рѣшеннымъ въ опредѣленномъ смыслѣ, и только у насъ съ одной стороны благодаря новизнѣ конституціоннаго строя, съ другой благодаря не вполнѣ удачнымъ выраженіямъ закона, онъ вызываетъ извѣстныя сомнѣнія и служитъ предметомъ разногласія между представителями разныхъ теченій нашей политической мысли.

I.

Привилегія безотвѣтственности народныхъ представителей заключается въ освобожденіи ихъ отъ судебнаго или внѣсудебнаго (административнаго или дисциплинарнаго) преслѣдованія за су-

жденія и мнѣнія, высказанныя ими при исполненіи обязанностей ихъ званія.

Въ силу этой привилегіи установляется невозможность привлеченія депутата къ уголовной или дисциплинарной отвѣтственности и назначенія ему наказанія, въ томъ или другомъ порядкѣ, за произнесенную имъ рѣчь опредѣленнаго преступнаго содержанія и за высказанное имъ мнѣніе, хотя бы въ видѣ подачи голоса въ извѣстномъ направленіи. Въ то время, какъ лицо, не облеченное званіемъ депутата, за это дѣяніе отвѣчало бы на основаніи общихъ уголовныхъ законовъ или подвергалось бы мѣрамъ административнаго воздѣйствія, гдѣ послѣднее существуетъ, или же, если оно состоитъ на государственной службѣ, подлежало бы дисциплинарному преслѣдованію за обнаруженіе при голосованіи своихъ взглядовъ, несогласныхъ съ видами правительства, депутатъ, совершающій тѣ же дѣянія при исполненіи своихъ обязанностей, не подлежитъ отвѣтственности, установленной для всѣхъ прочихъ гражданъ.

Эта привилегія безотвѣтственности народныхъ представителей, проявляющая свое значеніе главнымъ образомъ въ области уголовнаго матеріальнаго права, не должна быть смѣшиваема съ другой привилегіей депутатовъ, имѣющей значеніе исключительно въ области процессуальнаго права,—ихъ неприкосновенностью, т. е. привилегіей, въ силу которой лишеніе свободы члена палаты и возбужденіе уголовнаго преслѣдованія противъ него въ теченіе сессіи возможны не иначе, какъ съ согласія самой палаты.

Обѣ эти привилегіи имѣютъ различное содержаніе и возникли независимо другъ отъ друга, но онѣ взаимно дополняютъ другъ друга и покоятся на одной и той же мысли о необходимости оградить депутата отъ внѣшнихъ давленій и дать ему возможность— психическую и физическую — выполнять обязанности его званія исключительно на основаніи его свободнаго внутренняго убѣжденія.

Привилегія безотвѣтственности депутатовъ возникла постепенно по мѣрѣ того, какъ складывалось народное представительство въ томъ его видѣ, въ какомъ оно существуетъ въ современныхъ конституціяхъ. Ея не существовало и она не могла существовать, пока не было настоящаго народнаго представительства, какъ необходимаго элемента правового государства. Правда, и нѣмецкіе ландтаги XVIII стол. сознавали, что ихъ дѣятельность можетъ имѣть значеніе лишь тогда, когда ихъ члены будутъ пользоваться свободой слова, но въ своихъ заявленіяхъ правительству они не

требовали установленія безотвѣтственности, чего, конечно, въ виду самой роли своей они достигнуть не могли, а лишь указывали на желательность установленія такого порядка, при которомъ ихъ члены преслѣдовались бы за нарушеніе своихъ обязанностей только по суду съ устраненіемъ всякаго административнаго воздѣйствія въ этомъ отношеніи. И отдѣльные правители шли на встрѣчу этимъ заявленіямъ. Такъ, въ 1770 г. такой порядокъ былъ установленъ въ Вюртембергѣ [1]). Только тогда, когда окончательно складывается народное представительство и образуется правовое государство, когда административное, внѣсудебное воздѣйствіе за преступленія принципіально не допускается, установляется привилегія безотвѣтственности въ смыслѣ невозможности привлеченія депутата къ отвѣтственности не только въ административномъ порядкѣ, но и по суду.

Самая исторія развитія этой привилегіи въ отдѣльныхъ государствахъ есть одна изъ картинъ общей исторіи борьбы народнаго представительства съ правительствомъ за предѣлы своихъ полномочій. Только мало по малу путемъ борьбы образовалась эта привилегія. Первоначально она допускалась нерѣдко съ извѣстными ограниченіями, которыя категорически указывались въ самомъ законѣ; потомъ эти ограниченія падаютъ, но правительство, ревниво оберегая свои интересы, стремится истолковать не всегда ясныя и опредѣленныя указанія закона въ смыслѣ установленія изъятія изъ общаго принципа безотвѣтственности, какъ это въ особенности проявилось въ процессахъ противъ депутатовъ прусскаго парламента, имѣвшихъ мѣсто въ 1853, 1856, 1865 и 1866 гг. [2]).

Однако въ наше время эта привилегія безотвѣтственности настолько вошла въ плоть и кровь конституціонныхъ государствъ, что въ практикѣ и въ теоріи говорятъ не о принципіальномъ оспариваніи ея, а объ установленіи извѣстныхъ средствъ предотвращенія возможности злоупотребленія ею.

Привилегія безотвѣтственности народныхъ представителей зародилась, развилась и окрѣпла прежде всего, естественно, въ той странѣ, гдѣ впервые зародилось и самое народное представительство—въ Англіи, причемъ благодаря особенностямъ самаго характера англійскаго парламента, она получила здѣсь нѣсколько иное выраженіе, чѣмъ на континентѣ Европы.

---

[1]) Herrmann, Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder der Ständeversammlung (Archiv des Kriminalrechts N. F. 1853 s. 345 n. 4).

[2]) Hubrich, Die parlamentarische Redefreiheit und Disciplin, 1899, p. 213, fg.

Въ англійскомъ парламентѣ привилегія эта существовала еще въ XIV в., но, какъ видно изъ ряда происходившихъ процессовъ, она не всегда признавалась короной, которая вела съ ней борьбу, предавая уголовному суду членовъ парламента за содержаніе произнесенныхъ ими рѣчей. Но парламентъ энергично боролся за свои права и при всякомъ удобномъ случаѣ стремился возстановить нарушенную короной привилегію. Такъ, въ 1512 г. при Генрихѣ VIII по одному частному случаю осужденія депутата Strode общимъ образомъ было высказано, что всѣ обвиненія, осужденія и наказанія этого депутата, равно какъ и другихъ депутатовъ настоящаго или будущаго парламента за внесеніе билля или за выраженіе мнѣнія въ парламентѣ признаются ничтожными и не имѣющими силы [1]). Однако это постановленіе парламента не мѣшало Карлу I въ 1629 г. преслѣдовать уголовнымъ судомъ членовъ парламента за рѣчи, произносимыя ими при исполненіи ихъ обязанностей [2]). Только съ изгнаніемъ Стюартовъ и съ воцареніемъ Вильгельма III установляется окончательно безотвѣтственность депутатовъ, какъ твердый принципъ, впредь болѣе не нарушаемый. Это сдѣлано было въ 1689 г. въ биллѣ о правахъ, ст. 9 котораго гласитъ: „свобода рѣчи, дебатовъ и всего происходящаго въ парламентѣ не можетъ быть стѣсняема и подвергаема обсужденію какого-нибудь другого суда и мѣста, кромѣ парламента".

Этой статьей и донынѣ опредѣляется сущность и объемъ привилегіи англійскаго парламента. По англійскому праву, это не есть личная привилегія безнаказанности депутатовъ, какъ обычно понимается сущность этой привилегіи почти вездѣ на континентѣ. Это—предметная привилегія самого парламента—привилегія особой подсудности, покоящаяся на старомъ правилѣ о непубличности засѣданій парламента: все, что̀ происходитъ въ парламентѣ, остается въ его стѣнахъ. Ни одинъ судъ, по англійскому праву, не можетъ разсматривать всего того, что̀ совершается въ парламентѣ; и это понимается настолько широко, что не только рѣчи депутатовъ, произнесенныя въ парламентѣ, но и рѣчи постороннихъ лицъ, которыя по тому или другому поводу, напр., въ качествѣ свидѣтелей, даютъ свои показанія передъ парламентомъ, не могутъ быть предметомъ разслѣдованія какого-нибудь судебнаго мѣста;

---

[1]) Hubrich, l. c. p. 18.

[2]) Muralt, Die parlamentarische Immunität in Deutschland und der Schweiz. 1902, p. 14.

при томъ эта привилегія касается всего того, что происходитъ въ стѣнахъ парламента, хотя бы не въ засѣданіи его; она распространяется даже на частные разговоры членовъ парламента внѣ засѣданій послѣдняго, такъ что напр. дѣла о нанесеніи однимъ депутатомъ другому оскорбленія въ стѣнахъ парламента, хотя и не въ засѣданіяхъ его, могутъ подлежать сужденію только парламента.

Своеобразному содержанію привилегіи парламента въ Англіи соотвѣтствуетъ сильно развитая парламентская дисциплинарная власть въ отношеніи къ отдѣльнымъ депутатамъ. Здѣсь кромѣ призыва къ порядку за простые случаи нарушенія дисциплины примѣняются въ болѣе важныхъ случаяхъ выговоры и аресты и наконецъ, какъ крайняя мѣра—исключеніе изъ парламента, которое первоначально соединялось даже съ утратой пассивнаго избирательнаго права, а въ настоящее время понимается, какъ исключеніе отъ участія въ дѣятельности парламента на все время функціонированія послѣдняго [1]).

Вслѣдъ за Англіей идея безотвѣтственности народныхъ представителей находитъ себѣ выраженіе во Франціи въ законодательствѣ революціонной эпохи подъ вліяніемъ ученія Монтескье о раздѣленіи властей и Руссо о народномъ суверенитетѣ [2]). Самая идея безотвѣтственности возникла здѣсь въ дореволюціонную эпоху, что видно изъ того факта, что въ 52 наказахъ депутатамъ въ Etat-généraux содержится указаніе на необходимость установленія безотвѣтственности.

Принципъ безотвѣтственности депутатовъ во Франціи впервые нашелъ себѣ торжественное выраженіе въ резолюціи національнаго собранія 23 іюня 1789 г.; поводомъ къ провозглашенію этой резолюціи, какъ извѣстно, послужило слѣдующее событіе: король потребовалъ, чтобы національное собраніе разошлось и чтобы на другой день депутаты собрались, какъ и прежде, по сословіямъ, но Мирабо рѣшительно возразилъ противъ этого, сказавъ свою знаменитую фразу: „nous ne quitterons nos places que par la puissance des bayonnettes“, и собраніе въ обезпеченіе неприкосновенности своихъ членовъ вынесло постановленіе, въ кото-

[1]) Schleiden, Die Disciplinar—und Strafgewalt parlamentarischen Versammlungen über ihre Mitglieder, 1879, p. 17; Hubrich, l. c. p. 25.

[2]) Нужно замѣтить, что ни у Монтескье, ни у Руссо о привилегіи безотвѣтственности депутатовъ ничего не говорится, но зато у Сіэса мы находимъ ясно выраженнымъ этотъ принципъ, ср. Hubrich, l. c. p. 76.

ромъ объявляло безчестными (infames), измѣнниками противъ націи и виновными въ уголовномъ преступленіи (crime capital) тѣхъ, кто осмѣлится во время настоящей сессіи или послѣ нея преслѣдовать, привлекать къ отвѣтственности и лишать свободы депутата за сдѣланныя имъ предложенія и указанія, высказанныя мнѣнія и рѣчи въ засѣданіяхъ собранія.

Интереснымъ въ этой формулѣ является ея боевой характеръ; въ ней рѣчь шла не столько объ установленіи существа и предѣловъ безотвѣтственности, сколько объ огражденіи ея энергичными мѣрами. Только впослѣдствіи законъ 13 іюня 1791 г. объ организаціи законодательнаго корпуса (art. 52) установилъ ближе содержаніе самой привилегіи, указавъ на то, что депутаты отвѣчаютъ за свои мнѣнія и поступки при исполненіи своихъ обязанностей только передъ законодательнымъ корпусомъ. Этотъ принципъ былъ окончательно выраженъ конст. 14 сент. 1791 г. (тит. III, гл. I, секц. V, ст. 7) въ слѣдующихъ словахъ: „представители народные неприкосновенны; они не могутъ быть подвергаемы ни въ какое время слѣдствію, обвиненію или суду, за что-нибудь сказанное, написанное или сдѣланное ими при отправленіи ихъ функцій, какъ представителей“; нужно замѣтить, однако, что въ революціонную эпоху во время разгорѣвшейся борьбы партій этотъ принципъ не пользовался незыблемостью, что слѣдуетъ хотя бы изъ закона 4 дек. 1792 г., грозившаго смертной казнью за всякое предложеніе установить королевскую власть во Франціи. Тѣмъ не менѣе онъ провозглашался въ полномъ объемѣ въ послѣдующихъ конституціяхъ 1793 г. (art. 43), 1795 г. (art. 110) и 1799 г. Зато конституціонная хартія 4 іюня 1814 г. не упоминаетъ о немъ вовсе, и только законъ о прессѣ 17 мая 1819 г. устанавливаетъ этотъ принципъ въ art. 21. Снова вносится указаніе на привилегію безотвѣтственности въ конституцію 1848 г. (art. 36). въ императорскій декретъ 2 февр. 1852 г. (art. 9), и наконецъ въ нынѣ дѣйствующій конституціонный законъ о взаимномъ отношеніи публичныхъ властей 16 іюня 1875 г., art. 13 котораго по образцу art. 44 бельг. конституціи 1831 г. говоритъ, что: „никто изъ членовъ, какъ той, такъ и другой палаты не можетъ быть подвергнутъ слѣдствію и суду по поводу поданнаго имъ вотума и высказаннаго мнѣнія при исполненіи обязанности“ [1]). Самый

[1]) Это положеніе кромѣ того содержится и въ art. 41 закона о печати 1881 г.

принципъ безотвѣтственности французская доктрина и практика до сихъ поръ основываютъ на принципѣ народнаго суверенитета и теоріи раздѣленія властей [1]) и данной привилегіи придаютъ почти такой же объемъ, какъ въ Англіи, такъ что безотвѣтственность народныхъ представителей разсматривается не только какъ личная привилегія, но тоже какъ привилегія парламента [2]), и теорія [3]), и судебная практика [4]) установляютъ то положеніе, что судебныя мѣста не могутъ разсматривать актовъ парламента.

Для того, чтобы оцѣнить значеніе этой привилегіи во французскомъ законодательствѣ, надо указать на то, что особенностью французскаго права является сильно развитая дисциплинарная власть парламента въ отношеніи его членовъ, причемъ регламенты обѣихъ палатъ содержатъ въ себѣ какъ бы настоящіе кодексы преступленій, совершаемыхъ депутатами при исполненіи ихъ обязанностей съ указаніемъ соотвѣтствующихъ взысканій за каждое преступленіе.

Въ видѣ примѣровъ можно привести назначеніе по наказу палаты депутатовъ выговора за оскорбленіе и угрозы, направленныя противъ другихъ депутатовъ (art. 123), и назначеніе выговора съ временнымъ устраненіемъ изъ засѣданій (до 15 засѣд.) за призывъ къ насилію, къ гражданской междоусобицѣ и къ нарушенію конституціонныхъ законовъ, за оскорбленіе всей палаты или ея части или предсѣдателя ея, за угрозы и оскорбленіе членовъ правительства, за оскорбленіе президента республики, сената и правительства (art. 124). Такимъ образомъ здѣсь сильно развитая дисциплинарная власть вполнѣ устраняетъ необходимость

---

[1]) Garraud. Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I 1898, p. 287: „elle (l'immunité parlementaire) donne du reste une indépendance complète au pouvoir législatif dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et l'autorité administratif, ces deux branches du pouvoir executif".

[2]) Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé 1903, p. 758; Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, p. 1259 говоритъ о „inviolabilité du lieu des séances".

[3]) Le Poittevin, Traité de la presse, 1902, t. I, p. 415 находитъ даже, основываясь на буквальномъ текстѣ ст. 41 закона о печати 1881 г., что привилегія безотвѣтственности распространяется и на рѣчи частныхъ лицъ, напр. свидѣтелей, произносимыя въ парламентѣ, напр. въ анкетной комиссіи.

[4]) Рѣшеніе кассаціоннаго суда 13 іюня 1879 г.: „soit la Chambre des Députes, soit le pouvoir executif font partie des pouvoirs constitués dans l'ensemble desquels l'exercice de la souveraineté réside et dont les actes à ce titre, ne peuvent tomber dans le domain d'appréciation des tribunaux".

всякаго вмѣшательства уголовнаго суда въ случаѣ совершенія депутатомъ преступнаго дѣянія посредствомъ слова.

Переходя далѣе къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, какъ возникла и развилась привилегія безотвѣтственности въ другихъ государствахъ, слѣдуетъ нѣсколько остановиться на ея судьбѣ въ Германіи [1]). Въ этомъ отношеніи нужно прежде всего отмѣтить, что первоначально подъ вліяніемъ примѣра французской хартіи 1814 г. привилегія эта не вызываетъ къ себѣ особой симпатіи законодателя, и наряду съ конституціями, которыя установляютъ ее въ полномъ объемѣ (напр. баварск. констит. 1818 г., саксенъ-мейнингенская 1829, прусск. 1850), мы видимъ другія, въ которыхъ государства, только что введшія конституціонный образъ правленія, или вовсе о ней умалчиваютъ, или же допускаютъ ее съ весьма существенными ограниченіями. Такъ, напр., ничего не упоминаютъ о привилегіи безотвѣтственности конституціи—баденская 1818 г. и Рейсса младшей линіи 1849 г.; особенно же характерно въ этомъ отношеніи постановленіе брауншвейгской конституціи 1832 г.: депутатамъ предоставляется свобода мнѣній, но при этомъ указывается, что лишь за такое нарушеніе регламента, которое не выражается ни въ особенныхъ преступленіяхъ, ни въ личномъ оскорбленіи, они могутъ привлекаться къ отвѣтственности самой палатой (§ 134). Другія конституціи ограничиваютъ безотвѣтственность установленіемъ общаго порядка преслѣдованія за опредѣленныя преступленія, именно за преступленія государственныя, поскольку они совершаются посредствомъ слова, и за оскорбленіе чести, или же только за послѣднія; къ первой группѣ относятся: вальдекск. конституція 1816 г., саксенъ-веймарская 1816, § 168; вюртембергская 1819, § 186; саксенъ-альтенбург. 1831, § 85 (только въ случаѣ повторенія преступленія послѣ сдѣланнаго предупрежденія президента) — всѣ онѣ имѣютъ въ виду оскорбленіе величества, правительства и палаты,—и ганноверская 1833, § 110, говорящая вообще о выраженіяхъ бунтовщическаго характера; ко второй—гессенъ-дармштадтск. 1820, § 83; кургессенская 1831, § 87; гогенцоллернъ-зигмарингенская 1833, § 183. Наконецъ, нѣкоторыя конституціи (ольденбургск. 1849 и кобургъготская 1852) ставятъ рѣшеніе вопроса о безотвѣтственности въ конкретномъ случаѣ въ зависимость отъ усмотрѣнія палаты.

Постепенно однако всѣ эти ограниченія отпадаютъ, въ особен-

[1]) Ср. Herrmann, l. c. p. 349 ff.

ности послѣ революціи 1848 г., и наконецъ окончательно исчезаютъ съ образованіемъ Германской имперіи; въ ея конституціи § 30 категорически установляетъ, что „ни одинъ членъ рейхстага не можетъ быть когда-либо преслѣдуемъ въ судебномъ или дисциплинарномъ порядкѣ или иначе привлекаемъ къ отвѣтственности за свое голосованіе или за выраженіе мнѣній, сдѣланное при исполненіи обязанностей", и это воспроизводится и подтверждается § 11 германск. угол. ул. въ отношеніи членовъ всякаго законодательнаго собранія отдѣльныхъ государствъ.

Существующія въ настоящее время законодательства по вопросу объ отношеніи ихъ къ привилегіи безотвѣтственности могутъ быть разбиты на слѣдующія группы: 1) законодательства, признающія полную безотвѣтственность депутатовъ за высказанныя ими при исполненіи обязанностей мнѣнія и поданные вотума это—большинство современныхъ законодательствъ—всѣ они почти въ однихъ и тѣхъ же выраженіяхъ повторяютъ данный принципъ, главнымъ образомъ по образцу бельгійской конституціи. Сюда относятся конституціи англ., французск., германск. (§ 30), греческ. (§ 61), испанск. (§ 46), итал. (§ 51), норвеж. (§ 66), португ. (§ 25), румынск. (§ 51), болгарск. (§ 44), серб. (§ 123), бав. (§ 27), баден. (§ 48), прус. (§ 24), сакс. (§ 84), гамб. (§ 42), австр. (§ 16), голланд. (§ 97), берн. (§ 30), браз. (§ 19), мексk. (§ 59), аргент. (§ 60), соед. шт. (разд. VI), японск. (§ 52) и турецк. (§ 47); 2) законодательства, признающія безотвѣтственность частичную, дѣлая изъятія для нѣкоторыхъ преступленій; въ современныхъ конституціяхъ не встрѣчается больше ограниченій, какъ это было въ отдѣльныхъ германскихъ государствахъ, для преступленій государственныхъ, теперь изъятія этого рода устанавливаются только для оскорбленія чести; такъ это имѣетъ мѣсто въ конституціи черногорской (§ 97), а также нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ—Невшателя (1838, § 40), Женевы (1847, § 123) и Ури (1889, art. 29); 3) законодательства, признающія принципіально безотвѣтственность, но допускающія изъятія изъ нея въ отдѣльныхъ случаяхъ, согласно постановленію самой палаты; подобный порядокъ установляется въ немногихъ конституціяхъ; такъ онъ существуетъ въ болгарской конституціи, гдѣ говорится, что за совершенные въ засѣданіи собранія членами его преступленія и проступки, предусмотрѣнные уголовнымъ закономъ, виновные въ томъ могутъ быть привлекаемы къ суду не иначе, какъ по опредѣленію собранія (§ 25), тоже установляется въ конституціи цюрих-

скаго кантона (§ 32), датской (§ 57) и шведской, гдѣ требуется для преданія суду депутата категорическое согласіе парламента путемъ резолюціи, принятой по крайней мѣрѣ $^5/_7$ общаго числа вотирующихъ (§ 110) и, наконецъ, въ сеймовомъ уставѣ В. К. Финляндскаго. Въ послѣднемъ общимъ образомъ установлено, что сеймовый депутатъ обязанъ при осуществленіи своихъ полномочій руководствоваться велѣніями права и правды (§ 9), а равно „соблюдать серьезное и достойное поведеніе и не позволять себѣ оскорбительныхъ, насмѣшливыхъ или иначе непристойныхъ выраженій о правительствѣ или частныхъ лицахъ“ (§ 48) и затѣмъ указано, что „сеймовый депутатъ не можетъ быть привлеченъ къ судебной отвѣтственности или лишенъ свободы за выраженныя имъ мнѣнія или вообще за его поведеніе во время преній, если сеймъ не изъявилъ на то согласія постановленіемъ, принятымъ большинствомъ $^5/_6$ присутствующихъ членовъ“ (§ 11).

Въ заключеніе нужно прибавить, что лишь немногія законодательства не считаютъ нужнымъ устанавливать принципъ безотвѣтственности депутатовъ — этотъ порядокъ имѣется въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ: Базельляндѣ: Нидвальденѣ, Гларусѣ, Цугѣ, Граубинденѣ и обоихъ Аппенцеляхъ. По словамъ швейцарскаго изслѣдователя даннаго вопроса Муральта [1]) въ Швейцаріи вообще нѣтъ той борьбы населенія съ властью, которая существуетъ въ другихъ государствахъ, и здѣсь такимъ образомъ нѣтъ потребности въ установленіи принципа безотвѣтственности депутатовъ.

Таковы различные типы отношеній законодательствъ къ началу безотвѣтственности народныхъ представителей. Нужно замѣтить, что русское законодательство prima facie не можетъ быть подведено ни подъ одну изъ указанныхъ выше категорій, такъ какъ формулы, подобной той, которая заключается въ ст. 14 Учрежд. Гос. Д.: „Члены Г. Д. пользуются *полной свободой сужденій и мнѣній* по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Д.“, не встрѣчается ни въ одной конституціи. Но прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію русскаго законодательства и раскрыть истинный смыслъ ст. 14 Учр. Г. Д., необходимо освѣтить нѣсколько вопросъ объ основаніяхъ привилегіи безотвѣтственности и о ея правовомъ значеніи.

---

[1]) Muralt, l. c. p. 39.

II.

Первый вопросъ — вопросъ о тѣхъ основаніяхъ, на которыхъ покоится привилегія безотвѣтственности—вопросъ, который въ настоящее время не привлекаетъ особеннаго интереса теоріи, какъ давно уже рѣшенный. Онъ вызывалъ къ себѣ вниманіе въ литературѣ французской дореволюціонной эпохи, когда складывалось общее ученіе о существѣ народнаго представительства, а также въ началѣ XIX в. въ Германіи въ виду того, что нѣкоторыя конституціи умалчивали о привилегіи безотвѣтственности. Здѣсь ставился практическій вопросъ о томъ, предполагается ли привилегія безотвѣтственности сама собой, даже въ случаѣ неупоминанія о ней въ конституціяхъ, или же нѣтъ.

Наиболѣе старымъ теченіемъ по данному вопросу является то, которое усвоено было первопачально французской литературой и практикой, а также и политической жизнью, и которое въ германской литературѣ нашло себѣ выраженіе въ работѣ гейдельбергскаго профессора К. С. Цахаріэ, перваго нѣмецкаго изслѣдователя въ этой области. Цахаріэ [1]) въ своихъ обоснованіяхъ привилегіи безотвѣтственности исходитъ изъ идеи народнаго суверенитета. По его словамъ, народные представители—представители суверенпаго народа и поскольку они избраны для осуществленія законодательной части суверенитета, они безотвѣтственны. Они избраны съ цѣлью творить законъ, поэтому они выше закона. „Преступленіе можетъ быть учинено, говоритъ Цахаріэ, только подъ тѣмъ предположеніемъ, что законъ не только угрожаетъ наказаніемъ за извѣстное дѣяніе, но что онъ и обязываетъ виновнаго... Народные представители, какъ таковые, не стоятъ подъ закономъ, который ограничиваетъ свободу мнѣній". Отсюда Цахаріэ дѣлаетъ практическій выводъ, что если въ конституціи не оговаривается привилегія безотвѣтственности депутатовъ, то молчаніе ея слѣдуетъ толковать въ томъ смыслѣ, что здѣсь признается принципъ безотвѣтственности, какъ вытекающій изъ начала народнаго суверенитета. Взглядъ Цахаріэ не нашелъ себѣ

[1]) Zachariä K. S. Sind in den deutschen konstitutionellen Monarchien die Gerichte befugt über Klagen zu entscheiden, welche vor ihnen wegen gesetzwidriger Aeusserungen eines Mitgliedes der I od. II Kammer erhoben werden? въ Archiv für civilistische Praxis, 1834, B. 7, p. 173—213.

сторонниковъ въ нѣмецкой литературѣ. Его критики указали на основные дефекты его теоріи, въ особенности его ученія о сосуверенитетѣ народа и монарха въ монархическомъ государствѣ, чѣмъ думалъ Цахаріэ обосновать существованіе данной привилегіи и въ конституціонной монархіи. Совершенно вѣрно указывали они на то, что если данную привилегію понимать такъ, какъ ее понимаетъ Цахаріэ, то тогда парламентъ нужно было бы представлять себѣ, какъ собраніе безотвѣтственныхъ королей. Вообще же, если стоять на точкѣ зрѣнія Цахаріэ и видѣть въ народномъ суверенитетѣ обоснованіе привилегіи, то, поскольку можно вообще говорить о томъ, что народный суверенитетъ принадлежитъ парламенту, какъ таковому, а не его членамъ, возможно было бы обосновать привилегію подобнаго рода для всего парламента въ цѣломъ, а никакъ не для его отдѣльныхъ членовъ. Далѣе, установляя то положеніе, что члены парламента выше закона, Цахаріэ выражалъ мысль о томъ, что дѣятельность ихъ есть всегда дѣятельность правомѣрная, такъ какъ они не могутъ совершить правонарушенія, стоя выше закона и будучи поэтому лично неспособны къ совершенію преступнаго дѣянія, но, идя послѣдовательно, Цахаріэ долженъ былъ бы отрицать и всякую дисциплинарную отвѣтственность членовъ парламента, такъ какъ за дѣятельность правомѣрную никто отвѣчать не можетъ. Наконецъ, если проводить послѣдовательно взглядъ Цахаріэ, то пришлось бы признать безотвѣтственность народныхъ представителей въ отношеніи всѣхъ ихъ преступленій, а не только такихъ, которыя совершаются посредствомъ слова.

Ясно, что для объясненія основаній существованія привилегіи безотвѣтственности пришлось обратиться къ инымъ даннымъ, къ разсмотрѣнію того, что представляетъ изъ себя самая дѣятельность депутатовъ, выражающаяся въ исполненіи обязанностей ихъ званія. И вотъ нѣмецкая литература, исходя изъ этого начала, показываетъ два пути рѣшенія—одинъ, при которомъ ограничивается объемъ привилегіи, и другой, нынѣ господствующій, не допускающій этого ограниченія. Разница же между обоими направленіями состоитъ въ томъ, что одно не находитъ необходимымъ создавать для депутатовъ особой привилегіи, довольствуясь общимъ указаніемъ на правомѣрность дѣяній, учиняемыхъ во исполненіе обязанностей службы, другое—считаетъ это недостаточнымъ и устанавливаетъ спеціальную привилегію. Однимъ изъ первыхъ принципіальныхъ противниковъ привилегіи безотвѣтствен-

ности является Герау [1]). По его мнѣнію, преслѣдованіе депутата за противное законамъ выраженіе мнѣнія an sich вполнѣ допустимо, и лишь поскольку депутатъ остается въ предѣлахъ своего званія, онъ не отвѣчаетъ по суду. „Народный представитель, говоритъ онъ, не можетъ быть преслѣдуемъ за то только, что онъ при выполненіи своего, согласно съ конституціей, правомочія возводитъ на кого-нибудь обвиненіе или порицаетъ непорядки. За нимъ, какъ и за другими государственными органами, которые управомочены къ порицательнымъ замѣчаніямъ (rügende Bemerkungen), каковы судьи и прокуроры, стоитъ презумпція согласнаго съ долгомъ поведенія, до тѣхъ поръ, пока не будутъ приведены достаточныя доказательства противнаго и пока изъ содержанія и формы обличеній депутатовъ не вытекаетъ противная долгу злостная тенденція. Поэтому жалобы противъ народнаго представителя возможны только тогда, когда будутъ указаны невѣрность его обвиненія и вмѣстѣ съ тѣмъ злой умыселъ". Такимъ путемъ, конечно, значительно ограничивается свобода выраженія мнѣній членами парламента въ засѣданіи его, и Герау, вполнѣ это сознавая, даетъ слѣдующій мудрый совѣтъ депутатамъ: „кто не обладаетъ достаточной интеллигентностью и спокойствіемъ для того, чтобы выражать въ законныхъ рамкахъ свое мнѣніе съ требуемой откровенностью и самостоятельностью по всѣмъ предметамъ, входящимъ въ кругъ дѣйствія палаты, а также для того, чтобы высказывать свое порицаніе въ предѣлахъ приличія и дозволеннаго, тотъ пусть молчитъ и ограничивается подачей голоса. Тотъ же, кто злостно желаетъ обидѣть другого, тотъ не заслуживаетъ пощады".

Тѣ же мысли высказывалъ другой писатель Германнъ [2]); онъ выдвигалъ при этомъ то основное положеніе, что всякая дѣятельность депутата, не принадлежащая къ его формально-парламентскимъ (formell ständische) функціямъ, стоитъ подъ господствомъ общаго права, такъ какъ „въ конституціонномъ званіи (verfassungsmässiger Beruf) депутата нѣтъ такого момента, который бы расширилъ его выраженіе мнѣнія за предѣлы необходимаго уваженія благъ, защищаемыхъ уголовнымъ закономъ отъ нападеній по-

[1]) Gerau. Können in den deuts. Konst. Monarchien die Mitglieder ständischer Kammern wegen gesetzwidriger Aeusserungen vor den Gerichten des Landes zur Verantwortung gezogen werden? въ Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. B. I, 184 s. p. 1—46.

[2]) Herrmann, l. c. p. 384.

средствомъ рѣчи или сочиненія“ [1]). Къ самой привилегіи онъ относился безусловно отрицательно и говорилъ, что „вообще изъ всѣхъ видовъ привилегій нѣтъ болѣе сомнительной и опасной, чѣмъ привилегія освобожденія отъ уголовно-правовыхъ послѣдствій преступленія“, причемъ кромѣ общихъ соображеній о томъ, что этимъ уменьшается область нравственности (Sittlichkeitsgebiet) государства и не устраняется потребность и необходимость утвержденія и огражденія нарушеннаго права, онъ указывалъ на то, что подобная привилегія способна вызвать въ тѣхъ лицахъ, которымъ она присвоивается, превратное представленіе о своемъ положеніи, „соблазнительное воображеніе о суверенитетѣ“ [2]). Относительно же ея корректива въ видѣ дисциплинарной отвѣтственности передъ палатой онъ замѣчалъ, что „хотя посредствомъ данной мѣры и могутъ быть затронуты преступныя дѣянія, но не какъ таковыя, а въ совершенно другомъ ихъ отношеніи, именно поскольку въ нихъ лежитъ посягательство на порядокъ хода дѣлъ въ парламентѣ“ [3]).

Подобный же взглядъ о необходимости ограниченія привилегіи безотвѣтственности защищаютъ Гейнце [4]), который высказывается общимъ образомъ противъ расширенія ея за предѣлы нормальной правовой охраны, затѣмъ до нѣкоторой степени Биндингъ, поскольку онъ находитъ необходимымъ ограниченіе примѣненія привилегіи въ отношеніи оскорбленія чести [5]), и наконецъ Циммерманъ [6]), который высказываетъ сомнѣніе относительно допустимости привилегіи безотвѣтственности въ томъ объемѣ, въ какомъ она въ настоящее время существуетъ, имѣя въ виду точно также защиту чести третьихъ лицъ.

Разсматривая рѣшеніе даннаго вопроса въ томъ смыслѣ, какъ это предлагается вышеназванными писателями, мы должны сказать, что если ограничивать привилегію народныхъ представителей тѣми предѣлами, которые здѣсь указываются, то этимъ въ

---

[1]) l. c. p. 379.

[2]) l. c. p. 390.

[3]) l. c. p. 391.

[4]) Heinze. Die Straflosigkeit parlamentarischer Rechtsverletzungen und die Aufgabe der Reichsgesetzgelung, 1879, p. 21.

[5]) Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, 679.

[6]) Zimmermann, Die parlamentarische Redefreiheit und der Schutz dritter gegen den Missbrauch derselben (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1907, B. 36, p. 406).

дѣйствительности не создается никакой спеціальной для нихъ привилегіи по сравненію съ тѣмъ, что и въ настоящее время признается въ отношеніи всѣхъ лицъ, исполняющихъ извѣстныя публичныя функціи, поскольку они остаются въ предѣлахъ этихъ послѣднихъ. „Какъ прокуроръ не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за оскорбленіе, справедливо говоритъ Шведлеръ [1]), если вслѣдствіе оправдательнаго приговора, вошедшаго въ законную силу, обвиненіе является „nicht erweislich wahr", такъ и народный представитель"... И существованіе безотвѣтственности въ этихъ предѣлахъ собственно не требуетъ никакого обоснованія; какъ говоритъ Баръ [2]), „освобожденіе депутатовъ отъ уголовной отвѣтственности до этой границы не есть правовая аномалія, а правовая консеквенція"; весь смыслъ привилегіи заключается не въ этомъ; значеніе ея начинается именно тамъ, гдѣ, по выраженію Биндинга, прекращается несомнѣнное прикрытіе (Deckung) депутата его званіемъ. „Сущность абсолютной парламентской свободы рѣчи, замѣчаетъ Губрихъ, состоитъ въ томъ, что управомоченный охраняется при совершеніи дѣйствительныхъ словесныхъ преступленій за предѣлами границъ свободы сужденій, которая для него вытекаетъ и безъ того по общему праву изъ его званія (berufliche Stelle)" [3]).

Такимъ образомъ, собственно говоря, противъ предоставленія извѣстнаго объема свободы сужденій депутату никто не споритъ. Весь вопросъ въ томъ, должна ли существовать эта привилегія за предѣлами, всѣми признаваемыми, и на чемъ она должна покоиться. Почему, дѣйствительно, недостаточно здѣсь тѣхъ общихъ гарантій, которыя могутъ быть по закону предоставлены не только депутату, но и всякому должностному лицу?

Самый фактъ существованія привилегіи въ законодательствахъ всѣхъ странъ съ надлежаще развитымъ представительнымъ строемъ и одинъ фактъ борьбы въ исторіи парламентскихъ учрежденій за ея существованіе—уже указываютъ, что эта привилегія дѣйствительно вызывается насущными интересами реальной жизни. Это не есть продуктъ кабинетныхъ размышленій ученаго, насильственно прививаемый къ неподходящей почвѣ. Это—дѣйствитель-

---

[1]) Schwedler, Parlamentarische Rechtsverletzungen nach deutschem Reichsrecht, 1898, p. 17.

[2]) Bar, Die Redefreiheit der Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen, 1868, p. 10.

[3]) Hubrich, l. c. p. 326.

ная потребность самой жизни. И эта потребность удовлетворяется тѣмъ, что государство, не желая мѣшать дѣятельности законодательныхъ учрежденій, отказывается отъ осуществленія принадлежащаго ему права на наказаніе, уступая его самому парламенту, который и осуществляетъ его подъ видомъ парламентской дисциплины. При этомъ, какъ говоритъ Муральтъ [1]), „исходятъ изъ того соображенія, что государство имѣетъ бо̀льшій интересъ къ безпрепятственному осуществленію дѣятельности народныхъ представителей, чѣмъ къ проведенію своей уголовной угрозы, и что нарушенный частный интересъ долженъ отступить передъ данным публичнымъ интересомъ“. Государство вообще лишь въ силу исключительныхъ соображеній отказывается отъ примѣненія своей уголовной власти. Поэтому и здѣсь должны быть на лицо какія-нибудь особыя основанія для этого.

Потребность въ существованіи привилегіи безотвѣтственности депутатовъ вытекаетъ изъ самаго характера народнаго представительства. Какъ говорилъ еще въ 1819 г. при обсужденіи закона о печати во французской палатѣ Ройе-Колляръ, „полная и совершенная независимость палатъ есть условіе ихъ существованія. Вотъ почему считается аксіомой представительнаго правленія, что трибуна отвѣтственна только передъ палатой“. [2]). И дѣйствительно, только тогда народные представители будутъ на высотѣ своего положенія и въ состояніи будутъ надлежащимъ образомъ выполнять свои функціи, когда они будутъ знать, что никакая власть, внѣ парламента лежащая, не имѣетъ права вмѣнить имъ въ вину все то, что они высказываютъ въ парламентѣ. Только тогда народный представитель можетъ правильно отправлять свои обязанности, когда онъ чувствуетъ себя свободнымъ, когда онъ можетъ дать отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ только самому себѣ передъ своей совѣстью, передъ населеніемъ, его избравшимъ, и передъ той палатой, членомъ которой онъ состоитъ. Если онъ будетъ знать, что каждое его слово можетъ быть поставлено ему въ вину въ зависимости отъ оцѣнки значенія его уголовнымъ судомъ, который часто не въ состояніи бываетъ вникнуть въ значеніе этого слова въ связи со всей дѣятельностью палаты; если онъ будетъ всегда видѣть передъ собой дамокловъ

---

[1]) Muralt, l. c. p. 57.

[2]) Fabreguettes, Traité des delits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse, 1901, t. I, p. 78.

мечъ, который каждую минуту въ видѣ уголовнаго преслѣдованія можетъ опуститься на его голову, онъ будетъ связанъ по рукамъ и ногамъ въ своей дѣятельности, и тогда идеаломъ парламента будетъ дѣйствительно молчаливый парламентъ въ духѣ приведеннаго выше мнѣнія Герау — парламентъ не говорящій, а лишь голосующій. Но едва ли интересы государственной жизни отъ такого порядка много выиграютъ. Къ тому же трудно часто сказать, гдѣ кончаются предѣлы той дозволенной дѣятельности порицанія существующихъ порядковъ, что вытекаетъ прямо изъ депутатскихъ полномочій, и гдѣ начинается уже область преступнаго. Установить эту въ высшей степени тонкую границу нелегко, и такимъ образомъ пришлось бы, при отсутствіи привилегіи, постоянно возбуждать уголовное преслѣдованіе во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ, а это могло бы подать поводъ къ разнымъ злоупотребленіямъ, поскольку этимъ давалась бы возможность власти сводить старые счеты съ отдѣльными депутатами. Въ особенности эта граница не можетъ быть легко проведена тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о деликтахъ политическихъ и примыкающихъ къ нимъ. Съ какого момента напр. дозволенная критика существующаго государственнаго строя переходитъ въ порицаніе установленнаго законами основными образа правленія, т. е. въ деликтъ, установленный въ ст. 128 уг. ул. Во всякой рѣчи депутата можно при желаніи усмотрѣть возбужденіе массъ къ совершенію преступленій, предусмотрѣнное ст. 129, въ особенности п. 6, говорящимъ о возбужденіи вражды между отдѣльными частями или классами населенія, между сословіями или между хозяевами и рабочими. Правда, въ извѣстныхъ случаяхъ составъ преступленія констатировать легко, но ради общаго принципа въ интересахъ послѣдовательнаго проведенія его приходится жертвовать этими случаями [1]). Что касается, наконецъ, сравненія дѣятельности депутата съ дѣятельностью служащаго, то это сравненіе по самому своему существу совершенно неправильно. Тѣхъ границъ, которыя установляются для дѣятельности служащихъ, здѣсь установить нельзя. Выбранный населеніемъ народный представитель и назначенный правительствомъ чиновникъ не могутъ пользоваться въ одинаковой мѣрѣ свободой высказыванія своихъ мнѣній, а самое стремленіе ограничить свободу сужденій депутатовъ предѣлами правъ, предоставляе-

[1]) Какъ замѣчаетъ Esmein l. c. p. 760: „comme il arrive plus d'une fois, la protection n'a paru efficace qu'à la condition d'être absolue".

мыхъ служащему, указывастъ вообще на весьма своеобразную оцѣнку самой роли депутата.

Но къ соображеніямъ о необходимости существованія привилегіи, вытекающимъ изъ существа функціи депутата, слѣдуетъ прибавить еще и соображеніе иного рода. Дѣятельность народныхъ представителей въ парламентѣ, дѣятельность политическая, можетъ получить должную оцѣнку только съ точки зрѣнія самого парламента. Судъ не въ состояніи примѣнить ту оцѣнку, которая здѣсь можетъ быть единственно пригодной. Судъ, даже самый безпристрастный, можетъ оцѣнить только юридическую сторону рѣчи, или вообще выраженнаго мнѣнія депутата, можетъ считаться только съ тѣмъ, поскольку здѣсь нарушена опредѣленная норма закона. Политическую сторону дѣянія онъ долженъ игнорировать, а между тѣмъ она придаетъ совершенно иной характеръ произнесенной рѣчи, употребленнымъ въ ней выраженіямъ. Но, какъ показываетъ опытъ, судъ рѣдко въ этомъ отношеніи стоитъ на высотѣ своего положенія, будучи въ извѣстной зависимости отъ видовъ правительства. Судъ же пристрастный эту политическую сторону особенно приметъ во вниманіе и изъ нея неизбѣжно будетъ исходить при подведеніи содержанія рѣчи подъ составъ опредѣленнаго преступнаго дѣянія.

Такимъ образомъ въ интересахъ правильнаго отправленія депутатами своихъ обязанностей, въ интересахъ правильнаго функціонированія самого парламента, должна быть установлена привилегія безотвѣтственности народныхъ представителей за выраженныя мнѣнія и сужденія при отправленіи обязанности ихъ званія.

Но каково же юридическое значеніе этой привилегіи, каковъ смыслъ ея? Разсматривая данный вопросъ, мы должны сказать, что эта привилегія можетъ быть понимаема или въ смыслѣ особой привилегіи самого парламента или въ смыслѣ привилегіи членовъ послѣдняго. Въ первомъ смыслѣ понимается привилегія, какъ мы видѣли выше, въ англійскомъ правѣ, тамъ—это привилегія исключительной подсудности парламенту—никакой другой судъ не можетъ разсматривать всего того, что происходитъ въ парламентѣ. Почти такой же объемъ установился за привилегіей на практикѣ и во Франціи. Есть сторонники этого взгляда и въ Германіи. Такъ, между прочимъ въ этомъ смыслѣ высказался и рейхсгерихтъ въ своемъ рѣшеніи 5 марта 1881 г., признавъ по одному частному поводу, что все происходящее въ палатѣ не можетъ

служить предметомъ доказыванія истины въ процессѣ о клеветѣ, и что въ этомъ случаѣ судья не можетъ характеризовать сужденіе члена парламента, какъ клеветническое, такъ какъ, такимъ образомъ дѣятельность депутатовъ была бы подведена подъ уголовный законъ [1]). Понимаемая въ такомъ смыслѣ привилегія безотвѣтственности есть привилегія не только личная, но и предметная. Конечно, законодатель можетъ установить и такую конструкцію привилегіи, предполагая сильно развитую дисциплинарную власть парламента и послѣдовательно проводя принципъ раздѣленія властей; но тогда этотъ способъ рѣшенія вопроса долженъ быть точно установленъ въ законѣ, какъ это сдѣлано въ Англіи.

Обыкновенно же привилегія безотвѣтственности понимается не такъ широко, она разумѣется какъ привилегія самыхъ депутатовъ, и сущность привилегіи, понимаемой въ такомъ смыслѣ, заключается въ установленіи безнаказанности депутата за его рѣчи въ парламентѣ — это его личная привилегія безнаказанности. Этой привилегіей устраняется лишь наказуемость дѣянія, но не устраняется самая противоправность его, и значеніе дѣянія, какъ противоправнаго, остается въ силѣ и сохраняется вездѣ, гдѣ объ этомъ можетъ возникнуть рѣчь. Поэтому можно представить себѣ уголовную отвѣтственность частнаго лица—не депутата — по соучастію съ депутатомъ въ словесномъ деликтѣ, учиненномъ послѣднимъ при исполненіи обязанности. Депутатъ въ этомъ случаѣ общей уголовной отвѣтственности не подвергается, но частное лицо, какъ подстрекатель, будетъ подлежать уголовному преслѣдованію. Таково господствующее мнѣніе по данному вопросу въ литературѣ; иначе смотритъ на это одинъ только Баръ, который совершенно произвольно утверждаетъ, что такъ какъ главное дѣяніе изъято изъ уголовно-правовой его характеристики судомъ, то и акцессорное дѣяніе, наказуемость виновника коего зависитъ отъ наказуемости виновника главнаго дѣйствія, не можетъ быть характеризуемо съ уголовной точки зрѣнія—иначе будетъ признаніе отвѣтственности и самаго виновника [2]). Но, поскольку мы говоримъ здѣсь о личной привилегіи безнаказанности, не затраги-

---

[1]) Этотъ взглядъ раздѣляютъ въ нѣмецкой литературѣ: Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1904, p. 79; Hubrich, l. c. 350; Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht B. I, 1906, p. 243 и др.; иначе рѣшаютъ этотъ вопросъ Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 1906, p. 283, Binding, l. c. p. 676, Schwedler, l. c. p. 22 и др.

[2]) Bar, l. c. p. 249.

вающей самаго существа противоправности дѣянія, мы должны считаться съ общимъ положеніемъ о томъ, что при соучастіи устраненіе отвѣтственности одного изъ соучастниковъ въ силу обстоятельствъ, имѣющихъ характеръ строго личный, не устраняетъ отвѣтственности другихъ соучастниковъ. Съ другой стороны, такъ какъ дѣяніе депутата сохраняетъ противуправный характеръ и при его безотвѣтственности, то посколько можетъ возникнуть вопросъ о наличности взаимности оскорбленій въ рѣчи народнаго представителя и въ рѣчи частнаго лица, постолько можетъ быть допущена компенсація обидъ. Таково мнѣніе сторонниковъ признанія личной привилегіи безотвѣтственности депутата [1]). Иначе должны рѣшать этотъ вопросъ тѣ, кто имѣетъ въ виду предметную привилегію. Такъ, Клейнфеллеръ замѣчаетъ, что при такомъ условіи судъ долженъ былъ бы обсуждать данное заявленіе депутата, какъ оскорбленіе [2]), а это дѣлать онъ не въ правѣ. Для нашего права этотъ вопросъ о компенсаціи обидъ практическаго значенія не представляетъ въ виду того, что оскорбленіе депутатовъ въ системѣ уложенія о наказаніяхъ (ст. 286/2) отнесено, какъ учиненное при исполненіи или вслѣдствіе исполненія ими обязанностей, къ преступленіямъ противъ порядка управленія, для котораго компенсація обидъ значенія представлять не можетъ.

Итакъ привилегія безотвѣтственности депутатовъ есть привилегія ихъ безнаказанности. Деликтъ, учиненный депутатомъ, сохраняетъ характеръ недозволеннаго дѣянія. Но, какъ извѣстно, деликтъ можетъ влечь за собой различныя правовыя послѣдствія, кромѣ наказанія, напр. отвѣтственность дисциплинарную, вознагражденіе за вредъ и убытки и т. д. Устраняются ли и эти послѣдствія неправды привилегіей безотвѣтственности? Что касается дисциплинарной отвѣтственности, то она должна быть устранена по тѣмъ же общимъ основаніямъ, что и уголовная отвѣтственность. Иначе обстоитъ дѣло съ отвѣтственностью гражданско-правовой. Можно ли требовать отъ депутата вознагражденіе за вредъ и убытки, которые онъ причинилъ имущественнымъ интересамъ частнаго лица сдѣланными имъ въ своей рѣчи заявле-

[1]) Такъ смотрятъ на это Binding, l. c. p. 676; Liszt, l. c. § 72; Schwedler, l. c. p. 29; Meyer Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts, 1907, p. 349.

[2]) Kleinfeller, Privilegien въ Vergleichende Darstellung des deuts. und ausl. Strafrechts. Allg. T. B, I, 1908, 332; тоже говоритъ Hubrich, p. 35. Olshausen, p. 79 и др.

ніями? Вопросъ этотъ въ литературѣ спорный. Одни писатели исходятъ изъ того соображенія, что всякое преслѣдованіе судомъ депутата за его рѣчи должно быть устранено, а поэтому и гражданско-правовыя послѣдствія, которыя установляются на основаніи констатированнаго судомъ учиненнаго дѣянія, должны быть устранены [1]), другіе же считаютъ такое рѣшеніе вопроса недопустимымъ [2]). Послѣдній взглядъ представляется болѣе правильнымъ, если законъ категорически не установилъ иное положеніе. Сущность привилегіи лежитъ въ личной безнаказанности, а не въ признаніи правомѣрности дѣянія; гражданскій искъ сверхъ того не есть вмѣстѣ съ тѣмъ видъ „преслѣдованія", отъ котораго освобождается депутатъ.

Привилегія безотвѣтственности депутата есть привилегія безнаказанности. Но дѣяніе, учиненное депутатомъ и заключающее въ себѣ посягательство на извѣстныя правовыя нормы, посягательство обыкновенно наказуемое, не должно оставаться безъ всякой реакціи. И такая реакція обычно производится со стороны самаго парламента. Отвѣтственностью передъ парламентомъ компенсируется безотвѣтственность депутата передъ уголовнымъ или дисциплинарнымъ судомъ. Эта отвѣтственность безусловно должна существовать, и чѣмъ шире объемъ привилегіи, какъ въ Англіи и Франціи, тѣмъ шире и предѣлы дисциплинарной власти. Дисциплинарная власть парламента притомъ должна обладать энергичными и сильными мѣрами, чтобы имѣть возможность должнымъ образомъ противодѣйствовать депутату, допустившему въ своей рѣчи нарушеніе общихъ нормъ правопорядка. Слабая власть парламента въ этомъ отношеніи нерѣдко можетъ дать поводъ утверждать, что данный эксцессъ депутата остался безъ должной реакціи. И нельзя при этомъ говорить, какъ говорилъ Германнъ [3]), что эта дисциплинарная власть затрагиваетъ данныя дѣянія не какъ таковыя, а какъ нарушенія правильности хода дѣлъ въ парламентѣ. Парламентъ, назначая ту или иную мѣру, въ большемъ или меньшемъ объемѣ примѣняя свою дисциплинарную власть, даетъ должную оцѣнку дѣянія, какъ нарушенія общаго правопорядка, а не только порядка внутри самого парламента.

---

[1]) Olshausen, l. c. p. 79; Bar, l. c. p. 248; Binding, l. c. p. 670; Hubrich, l. c. p. 370; Pierre, l. c. p. 1260; Le-Poittevin, l. c. p. 410.

[2]) Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. B. I. 1904, p. 433; Frank Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1908, p. 40.

[3]) См. выше, стр. 178.

III.

Переходя къ разсмотрѣнію нашего законодательства по вопросу о безотвѣтственности депутатовъ, мы можемъ сразу замѣтить, что постановленія нашего права отличаются въ этомъ отношеніи отъ постановленій всѣхъ тѣхъ отдѣльныхъ группъ различныхъ иностранныхъ законодательствъ, которыя были выше изложены, подчеркивая лишній разъ „самобытность“ нашей конституціи. Наше законодательство не выдвигаетъ категорически того положенія, что члены законодательныхъ учрежденій не подвергаются судебному или иному преслѣдованію за выраженіе своихъ мнѣній; оно содержитъ опредѣленіе, формулированное нѣсколько иначе, а именно, ст. 14 Учр. Г. Д. говоритъ: „Члены Г. Д. пользуются полной свободой сужденій и мнѣній по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Думы, и не обязаны отчетомъ передъ своими избирателями“, а ст. 26 Учр. Г. Сов. повторяетъ то же въ отношеніи членовъ Гос. Сов. по выборамъ.

Каковъ же смыслъ этого опредѣленія и каковы предѣлы этой безотвѣтственности, въ особенности въ виду существованія ст. 22 Учр. Г. Д., говорящей о томъ, что „Члены Г. Д. за преступныя дѣянія, совершенныя при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей, лежащихъ на нихъ по сему званію, привлекаются къ отвѣтственности въ порядкѣ и на основаніяхъ, установленныхъ для привлеченія къ отвѣтственности высшихъ чиновъ Государственнаго Управленія?“ (Учр. Г. С. ст. 86—95).

Данный вопросъ имѣетъ огромное не только теоретическое, но и практическое значеніе и въ настоящее время привлекаетъ интересъ къ себѣ и въ широкой публикѣ послѣ того, какъ въ прессѣ появились слухи о томъ, что правитель канцеляріи кавказскаго намѣстника привлекаетъ къ отвѣтственности депутата Пуришкевича за клевету, нашедшую себѣ выраженіе въ рѣчи этого депутата по кавказскому запросу. Однако до сихъ поръ этотъ вопросъ еще мало привлекаетъ къ себѣ вниманіе нашихъ изслѣдователей. Если они его касались, то лишь между прочимъ, считая его рѣшеннымъ въ положительномъ смыслѣ въ нашемъ правѣ, но не принимая, повидимому, во вниманіе возможности противоположныхъ взглядовъ и не опредѣляя ближе предѣловъ самой привилегіи. Такъ относится къ этому вопросу проф. Пусторос-

левъ [1]), который говоритъ, что „откровенное выраженіе своихъ мнѣній членами законодательныхъ собраній, при исполненіи своихъ законодательныхъ обязанностей, составляетъ не преступное дѣяніе, а исполненіе долга службы". Такимъ образомъ, по мнѣнію проф. Пусторослева, самое дѣяніе разсматривается какъ правомѣрное, но, повидимому, въ очень ограниченныхъ предѣлахъ. Каковы предѣлы этой безотвѣтственности, онъ не устанавливаетъ. Болѣе вниманія удѣляетъ этому вопросу проф. Лазаревскій [2]), хотя нельзя сказать, чтобы формулированный имъ по этому вопросу взглядъ отличался должной отчетливостью. Разсматривая начало безотвѣтственности депутатовъ, онъ говоритъ: „Наше законодательство содержитъ по данному вопросу довольно странныя постановленія", а ближе анализируя ст. 14, замѣчаетъ: „отсюда *какъ бы* получается безотвѣтственность ихъ (членовъ Думы) передъ судомъ за „сужденія и мнѣнія" по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Д. Такъ какъ то или иное голосованіе есть выраженіе своего мнѣнія по данному вопросу, то надо заключить, что за поданный голосъ члены Д. не могутъ быть привлечены къ отвѣтственности". Однако, проф. Лазаревскій далѣе прибавляетъ: „въ дѣйствующемъ законѣ имѣется другое болѣе существенное отступленіе отъ разсматриваемаго начала подсудности члена парламента только той палатѣ, къ которой онъ принадлежитъ", при этомъ дѣлается ссылка на ст. 22 и дается ей должная критика. Далѣе, проф. Розинъ [3]), останавливаясь на депутатской привилегіи, указываетъ на то, что значеніе ея въ томъ, что „дѣйствіе депутата не перестаетъ быть преступнымъ, но въ силу политическихъ соображеній виновный въ немъ не подлежитъ наказанію"; все-таки онъ не даетъ себѣ яснаго отчета объ объемѣ привилегіи, поскольку говоритъ, что „такой иммунитетъ членовъ палаты, народныхъ представителей, распространяется и на преступныя дѣянія, совершенныя ими внѣ парламента и внѣ исполненія своихъ обязанностей", смѣшивая такимъ образомъ привилегію безотвѣтственности съ привилегіей неприкосновенности депутатовъ. Наконецъ, проф. Таганцевъ [4]) указываетъ вообще, что „это изъятіе (т. е. безотвѣтственность депутатовъ)

---

[1]) Пусторослевъ, Русское уголовное право. Общая часть, вып. I, 1907, стр. 102.

[2]) Лазаревскій, Лекціи по русскому государственному праву, т. I. Конституціонное право, 1908, стр. 334.

[3]) Розинъ, Объ оскорбленіи чести, 1907, стр. 240.

[4]) Таганцевъ, Русское уголовное право, т. I, 1908, стр. 286.

относится не столько къ качеству лица, сколько къ условіямъ дѣятельности", не входя въ ближайшее разсмотрѣніе содержанія этого изъятія.

Такимъ образомъ взгляды нашихъ теоретиковъ не отличаются большой ясностью и полнотой ни съ точки зрѣнія установленія объема привилегіи, ни съ точки зрѣнія ея содержанія.

Болѣе опредѣленно высказалась въ этомъ отношеніи наша судебная практика, представители которой проводили два діаметрально противоположные взгляда. Одинъ взглядъ былъ высказанъ товарищемъ прокурора СПБ. судебной палаты въ его протестѣ на оправдательный приговоръ по дѣлу крестьянина Ивана Федорова, обвинявшагося въ распространеніи листковъ, озаглавленныхъ „Декларація думской фракціи россійской соціалъ-демократической партіи, извлеченіе изъ отчета засѣданій Г. Д., 16 іюня" и подписанное именами 16 членовъ Г. Д.,—листковъ, возбуждающихъ къ ниспроверженію существующаго порядка путемъ революціонной борьбы за народовластіе и за проведеніе въ жизнь соціальнаго строя". По словамъ товарища прокурора, „эта декларація получила тройкое распространеніе: 16 іюня 1906 г. она была оглашена депутатомъ Джапаридзе въ засѣданіи Г. Д., затѣмъ она была помѣщена въ стенографическомъ отчетѣ, изд. Госуд. тип., и, наконецъ, была отпечатана въ видѣ отдѣльныхъ листковъ. Признавая, что первыя двѣ формы распространенія означенной декларації на основаніи Учрежд. Г. Д. не подлежатъ уголовному преслѣдованію, первая вслѣдствіе иммунитета, присвоеннаго депутату, огласившему эту декларацію, а вторая, какъ „не заключающая въ себѣ умысла къ возбужденію читателя", товарищъ прокурора нашелъ, что въ третьей формѣ распространенія имѣется составъ преступленія ст. 129 уг. ул. Сенатъ въ своемъ рѣшеніи по этому дѣлу (1907, № 25, Федорова), „не касаясь вопроса, въ чемъ заключается истинное значеніе предоставленной въ ст. 14 Учр. Г. Д. членамъ Думы полной свободы сужденій и мнѣній по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Думы, а также не касаясь вопроса объ отвѣтственности членовъ Г. Д. за преступныя дѣянія, совершенныя ими при исполненіи или по поводу исполненія лежащихъ на нихъ обязанностей по сему званію", все-таки, повидимому, исходилъ изъ представленія о томъ, что члены Г. Д. пользуются извѣстнымъ иммунитетомъ, такъ какъ онъ выразился въ этомъ рѣшеніи слѣдующимъ образомъ: „такія выдержки (изъ оффиціальныхъ отчетовъ Г. Д.)... могутъ... служить... безнаказаннымъ спо-

собомъ преступной пропаганды для лицъ, не пользующихся по закону никакимъ иммунитетомъ за свои дѣйствія", очевидно, что извѣстныя лица (а по смыслу всѣхъ разсужденій это—члены Г. Д.)— этимъ иммунитетомъ все-таки, по мнѣнію Сената, пользуются.

Совсѣмъ иной взглядъ на предѣлы иммунитета депутатовъ былъ высказанъ I-мъ департаментомъ Г. С. по дѣлу члена 1-ой Думы И. Л. Шрагъ. Въ своей рѣчи въ Думѣ, произнесенной 29-го іюня 1906 г. по поводу Бѣлостокскаго погрома, И. Л. Шрагъ между прочимъ указалъ, что иниціаторомъ и вдохновителемъ погрома, происшедшаго въ г. Нѣжинѣ, былъ проф. мѣстнаго института и городской голова Лилеевъ. Въ виду этого заявленія, послѣдній въ порядкѣ ст. 22 Учр. Г. Д. подалъ на Высочайшее имя жалобу, обвиняя депутата Шрага въ диффамаціи (по ст. 1039 ул. о нак.). Прошеніе это было обращено въ I Департаментъ Г. С., который, разсмотрѣвъ предъявленное Лилеевымъ обвиненіе къ депутату Шрагу и не встрѣчая вообще препятствій къ привлеченію къ отвѣтственности депутата за рѣчь, сказанную въ Г. Д., указалъ лишь на отсутствіе состава диффамаціи въ дѣяніи депутата Шрага и постановилъ оставить въ виду этого прошеніе Лилеева безъ уваженія, но при этомъ однако объявилъ просителю, что онъ можетъ возбудить преслѣдованіе за клевету, по ст. 1535 ул. о нак., дѣло о которой не можетъ быть начато безъ жалобы потерпѣвшаго. Жалобы Лилеева однако не поступило, и дѣло было такимъ образомъ ликвидировано. Итакъ, фактъ налицо, что Г. С. счелъ возможнымъ допустить уголовное преслѣдованіе депутата за рѣчь, сказанную имъ въ Г. Д.; Г. С. исходилъ при этомъ изъ слѣдующихъ соображеній: „принадлежащее членамъ Г. Д. право полной свободы сужденій и мнѣній по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Д., не исключаетъ отвѣтственности ни за оклеветаніе частныхъ лицъ, признающихъ себя оскорбленными оглашенными обстоятельствами, могущими повредить ихъ чести и доброму имени, ни за оклеветаніе должностныхъ лицъ оглашеніемъ завѣдомо ложныхъ обстоятельствъ, касающихся ихъ служебной дѣятельности, хотя бы оно послѣдовало въ произнесенной рѣчи въ Г. Д. ея членомъ... Не говоря уже о томъ, что оставлять безнаказанною клевету, кого бы она ни касалась и въ какомъ бы видѣ и подъ какимъ предлогомъ она ни появлялась, было бы противно основнымъ правиламъ справедливости, нельзя не признать, что условія, при которыхъ должностное лицо можетъ прибѣгать къ клеветническому обвиненію кого либо, вовсе не таковы, чтобъ они могли измѣнить существо

понятія клеветы, какъ преступленія. Оклеветанному, даже въ служебномъ заявленіи, никогда не можетъ быть отказано въ возстановленіи его чести снятіемъ несправедливо возведеннаго на него тѣмъ обвиненія". Такимъ образомъ въ этомъ своемъ рѣшеніи I Деп. Г. С. руководился съ одной стороны основными правилами справедливости, съ другой—полнымъ отождествленіемъ роли народнаго представителя съ ролью должностного лица. На особый характеръ дѣятельности депутата, на ближайшее выясненіе предѣловъ безотвѣтственности по ст. 14 Уч. Г. Д. здѣсь никакого вниманія не обращено. Во всякомъ случаѣ это рѣшеніе I-го Д. Г. С. представляется весьма важнымъ прецедентомъ.

Другой прецедентъ былъ въ другой области, но онъ еще болѣе характеренъ въ смыслѣ допущенія инкриминированія воздержанія депутата отъ участія въ засѣданіи Думы. Этотъ прецедентъ относится къ дѣятельности Св. Синода. Св. Синодъ 23 мая 1907 г. постановилъ: „священники Тихвинскій, Колокольниковъ и Архиповъ, какъ не представившіе заслуживающихъ уваженія оправданій отъ обвиненій ихъ въ намѣренномъ отстутствіи на засѣданіи Думы 7 мая и неисполненіи требованій, предъявленныхъ имъ указомъ Св. С., подлежатъ преданію суду своего епархіальнаго начальства". При этомъ Синодъ не ограничивался церковной стороной дѣла, а говорилъ, что епархіальныя начальства должны войти въ сужденіе относительно допущенія священниками „означенныхъ несовмѣстныхъ съ священнымъ саномъ и нетерпимыхъ для всякаго вѣрноподданнаго дѣяній" [1]). Результатъ этого указа Синода извѣстенъ. Такъ, напр., Вятская духовная консисторія 20 іюля 1907 г. приговорила священника Тихвинскаго къ лишенію священническаго сана съ исключеніемъ изъ духовнаго званія между прочимъ и за то, что онъ нарушилъ долгъ пастырскаго служенія одобрительнымъ отношеніемъ къ разрушительной крамольной дѣятельности революціонеровъ [2]). Такимъ образомъ здѣсь установлена отвѣтственность депутата въ особомъ дисциплинарномъ порядкѣ съ вытекающими отсюда тяжкими обще-гражданскими послѣдствіями за дѣяніе, относящееся къ исполненію обязанностей его званія.

Въ самомъ недавнемъ времени противъ привилегіи безотвѣтственности высказались лица, взгляды которыхъ имѣютъ извѣст-

---

[1]) Право, 1907 г. № 21, стр. 1527.
[2]) Право, 1907, № 31, стр. 2116.

ное политическое значеніе и являются опредѣленными симптомами въ нашей политической жизни—именно министръ юстиціи Щегловитовъ въ своемъ интервью, помѣщенномъ въ газетѣ „Новая Русь“ [1]), сославшійся при этомъ на прецедентъ по дѣлу Шрага, а также депутатъ Замысловскій въ своей рѣчи, сказанной въ засѣданіи Думы 3 марта сего года; вотъ слова послѣдняго: „мы надѣемся, что мы доживемъ до того дня, когда и тѣхъ лицъ, которыя призываютъ съ каоедры Г. Д. къ бунту, тоже будутъ привлекать въ качествѣ обвиняемыхъ на подобіе г. Гиллерсона“.

Итакъ, вопросъ въ томъ, который изъ двухъ приведенныхъ взглядовъ представляется съ точки зрѣнія нашего права правильнымъ—тотъ ли, который признаетъ безотвѣтственность депутатовъ за ихъ рѣчи, или тотъ, который ее отрицаетъ.

Для рѣшенія даннаго вопроса, слѣдуетъ прежде всего обратиться къ исторіи текста ст. 14 Учр. Г. Д., къ тексту проекта Учр. Г. Д. и къ тѣмъ разсужденіямъ его составителей, на которыхъ оно основывалось.

Въ этомъ отношеніи можно найти слѣдующія соображенія министра В. Д. Булыгина, составителя проекта Учр. Г. Д.: „Положеніе членовъ Г. Д., отъ которыхъ и государственная власть и населеніе, ихъ избравшее, ожидаютъ откровеннаго слова по всѣмъ дѣламъ, которыя имъ будутъ предложены, вызываетъ необходимость обезпечить имъ полную увѣренность, что личность ихъ не подвергнется никакому принудительному воздѣйствію или вліянію въ томъ или иномъ направленіи, какъ со стороны населенія, ихъ избравшаго, такъ и со стороны административныхъ властей. Въ этомъ отношеніи представлялось бы необходимымъ опредѣленно оговорить въ законѣ, что избиратели не могутъ обязывать члена Г. Думы какими-либо инструкціями, равно какъ требовать отъ него отчета въ его дѣйствіяхъ и сужденіяхъ, высказанныхъ въ Думѣ. Съ другой стороны члены Г. Д. за все время пребыванія въ этомъ званіи должны быть обезпечены отъ всякихъ стѣсненій и ограниченій въ личной свободѣ или въ правѣ передвиженія, налагаемыхъ въ административномъ порядкѣ, равно какъ личнаго задержанія за долги; въ случаѣ же совершенія ими какого-либо преступнаго дѣянія при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей по своему званію должны подлежать судебной отвѣтственности въ томъ же порядкѣ, какой положенъ для

[1]) „Новая Русь“, № отъ 12 марта с. г.

членовъ Г. С. въ случаѣ нарушенія послѣдними долга службы (Учр. Г. С. ст. 105—113)“ [1]). Сообразно съ этимъ въ проектѣ Булыгина были сдѣланы слѣдующія постановленія:

Ст. 23. Членъ Г. Д. доколѣ состоитъ въ семъ званіи не можетъ быть подвергаемъ лишенію или ограниченію свободы распоряженіемъ административной власти и равно не подлежитъ личному задержанію за долги.

Ст. 24. Члены Г. Д. за преступныя дѣянія, совершенныя при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей, лежащихъ на нихъ по сему званію, привлекаются къ отвѣтственности въ порядкѣ и на основаніяхъ, установленныхъ для привлеченія къ отвѣтственности за нарушенія долга службы членовъ Г. С. (Учр. Г. С. ст. 105—113).

Ст. 25. Избиратели не могутъ возлагать на членовъ Г. Д. какихъ-либо обязательствъ или требовать отъ нихъ отчетовъ въ ихъ дѣятельности по сему званію.

Другихъ опредѣленій по данному вопросу въ проектѣ не содержалось и такимъ образомъ о безотвѣтственности депутатовъ собственно рѣчи въ немъ не было; здѣсь рѣчь шла только о ихъ неприкосновенности и указывался особый порядокъ привлеченія ихъ къ отвѣтственности, установленный въ отношеніи преступленій по службѣ.

Совѣтъ министровъ, разсматривая проектъ Булыгина, въ общемъ принялъ предложенія послѣдняго. Въ своей меморіи онъ повторилъ почти дословно разсужденія министра в. д. о необходимости обезпечить членамъ Г. Д. неприкосновенность, причемъ меморія лишь измѣняетъ нѣсколько слова министра в. д. въ томъ отношеніи, что говоритъ объ „увѣренности, что личность ихъ (т. е. депутатовъ) не подвергнется какому-либо принудительному воздѣйствію въ иномъ, кромѣ судебнаго, порядкѣ“. Очевидно здѣсь рѣчь идетъ о принудительномъ воздѣйствіи въ томъ же смыслѣ, что въ соображеніяхъ министра в. д., нашедшихъ себѣ выраженіе въ ст. 23 проекта Учр. Г. Д. и что выражено въ ст. 15 и 16 Учр. Г. Д., гдѣ отрицательная форма выраженія, употребленная въ ст. 23 проекта, замѣнена утвердительной: „Членъ Г. Д. можетъ быть подвергнутъ... не иначе какъ по распоряженію судебной власти“. Но затѣмъ въ меморіи говорится: „соотвѣтственно сему, одобривъ въ общемъ проектируемыя въ этомъ отношеніи

[1]) Матеріалы по учрежденію Г. Д. вып. I, 1905 г., стр. 144[5], изд. неоф.

министромъ в. д. постановленія и не усматривая надобности въ подробныхъ постановленіяхъ о порядкѣ судебной отвѣтственности членовъ Думы за общіе проступки, Совѣтъ министровъ призналъ необходимымъ болѣе точно выразить мысль о томъ, что сужденія и мнѣнія, выражаемыя членами Д. по ихъ званію, вполнѣ свободны (Учр. Г. Д. § 15, 16, 17)“ [1]).

Сообразно съ этимъ въ Учр. Г. Д. 6-го августа 1905 г. уже содержалась ст. 14, воспроизведенная безъ измѣненія и въ Учр. 20 февр. 1906 г.

Этой статьей установленъ новый принципъ, котораго не было въ проектѣ Булыгина, и хотя въ меморіи сказано, что совѣтъ министровъ его выставляетъ „соотвѣтственно сему“, т. е. повидимому соотвѣтственно принципу недопущенія „принудительнаго воздѣйствія въ иномъ кромѣ судебнаго порядкѣ“, но это выраженіе имѣетъ значеніе лишь слова, употребленнаго для перехода отъ одного вопроса къ другому, потому что о „соотвѣтствіи“ здѣсь рѣчи быть не можетъ: раньше рѣчь шла объ обезпеченіи личной свободы вообще, т. е. устанавлялся принципъ неприкосновенности депутатовъ, здѣсь же рѣчь идетъ о свободѣ сужденій и мнѣній, т. е. установляется принципъ безотвѣственности ихъ.

Такова исторія возникновенія ст. 14 Учр. Г. Д. Какъ мы видимъ, первоначальный текстъ проекта Учр. Г. Д. и окончательная редакція его расходятся другъ съ другомъ по вопросу о привилегіи безотвѣтственности, и мотивы закона показываютъ, что выставленный въ немъ принципъ полной свободы сужденій возникъ мимоходомъ, причемъ, повидимому, составители закона не вполнѣ ясно себѣ представляли содержаніе той привилегіи, которую они установили въ ст. 14 Учр. Г. Д.

IV.

Но какъ бы мы ни толковали мотивы закона, мы должны имѣть въ виду, что толкованію подлежатъ прежде всего не эти мотивы, а самый текстъ закона и что основное правило толкованія—считаться съ общимъ духомъ законовъ.

Что же мы въ этомъ отношеніи можемъ установить?

---

[1]) Матеріалы, стр. 12.

1) Считаясь съ общимъ духомъ Основныхъ Законовъ и Учр. Г. Д., мы должны сказать слѣдующее. Манифестъ 17 окт. 1905 г. создаетъ народное представительство и призываетъ населеніе къ участію въ законодательной дѣятельности. Сообразно съ этимъ ст. 86 Основ. Зак. говоритъ, что „никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Г. С. и Г. Д. и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора". Г. Д. есть такимъ образомъ учрежденіе законодательное, а не законосовѣщательное, и члены ея принимаютъ участіе въ дѣятельности законодательной. Но для надлежащаго выполненія обязанностей своего званія въ этой области каждый депутатъ долженъ обладать не только личной неприкосновенностью, о чемъ только и говорилось первоначально въ проектѣ Учр. Г. Д., но и безотвѣтственностью за свои сужденія и мнѣнія; онъ долженъ имѣть право вполнѣ свободно высказывать свое убѣденіе, не боясь обычной отвѣтственности за это, установляемой въ судебномъ или иномъ, напр. дисциплинарномъ, порядкѣ. Поэтому, если мы въ законѣ встрѣчаемъ формулу, говорящую о предоставленіи депутатамъ полной свободы мнѣній и сужденій, а не простое лишь молчаніе закона, то мы должны наполнить эту формулу тѣмъ содержаніемъ, которое вытекаетъ изъ существа обязанностей участвующаго въ законодательной дѣятельности депутата. Молчаніе же закона обозначало бы, что члены Г. Д. въ этомъ отношеніи связаны лишь общими законами наряду съ частными лицами или же лицами, выполняющими опредѣленныя функціи въ сферѣ государственной или общественной дѣятельности.

2) Еслибы мы приравнивали формулу ст. 14 Учр. Г. Д. молчанію закона и утверждали бы, что ею не устанавливается никакой особой привилегіи, то возникало бы сомнѣніе въ правильности такого толкованія этой статьи въ виду существованія ст. 79 Основ. Зак., которая говоритъ, что „каждый можетъ въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ, высказывать изустно и письменно свои мысли, а равно распространять ихъ путемъ печати или иными способами". Если бы формула ст. 14 Учр. Г. Д. не устанавливала никакой привилегіи для народныхъ представителей, то тогда она представлялась бы излишней, будучи лишь новымъ повтореніемъ уже однажды въ законахъ сказаннаго. Но въ ст. 14 Учр. Г. Д. говорится не просто о свободѣ сужденій и мнѣній, а о „полной" свободѣ, и это, конечно, указываетъ, что объемъ свободы слова депутата идетъ дальше тѣхъ предѣловъ, которые установлены

для всѣхъ гражданъ общими законами. Послѣдніе, нарушая эти предѣлы, отвѣчаютъ за преступныя дѣянія, а народные представители за это не наказываются. Въ видѣ аналогіи взаимоотношенія ст. 79 Осн. Зак. и ст. 14 Учр. Г. Д., касающейся привилегіи безотвѣтственности, можно привести параллель между ст. 73 Основн. Закон. и ст. 15 Учр. Г. Д., говорящей о привилегіи неприкосновенности депутата. Ст. 73 говоритъ: „никто не можетъ быть задержанъ подъ стражею иначе, какъ въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ“, допуская, слѣдовательно, возможность и внѣсудебнаго задержанія, поскольку это установляется законами, а ст. 15 Учр. Г. Д. установляетъ особую привилегію въ этомъ отношеніи для депутатовъ по сравненію съ остальными гражданами, говоря: „членъ Г. Д. можетъ быть подвергнутъ лишенію или ограниченію свободы не иначе, какъ по распоряженію судебной власти, а равно не подлежитъ личному задержанію за долги“. Ст. 14 и 15 Учр. Г. Д. устанавливаютъ такія привилегіи для депутатовъ, которыя для остальныхъ гражданъ не предполагаются, и само собой разумѣется, что если бы этихъ статей въ Учр. Г. Д. не было, то на депутатовъ распространялись бы лишь общія начала, установленныя въ ст. 79 и 73 Осн. Зак.

3) Правильность признанія этой привилегіи за народными представителями въ смыслѣ установленія безнаказанности ихъ за такія дѣянія, за которыя остальные граждане подлежатъ уголовному наказанію, подтверждается далѣе слѣдующимъ соображеніемъ. Привилегія членовъ Г. Д. распространена ст. 26 Учр. Г. С. и на членовъ Г. С., но на членовъ его только по выборамъ. Члены Г. С. по назначенію, будучи правительственными чиновниками, а не народными представителями, вполнѣ естественно, этой привилегіей не пользуются. Если бы данной статьей не устанавливалась особая привилегія для народныхъ представителей въ смыслѣ полной безотвѣтственности ихъ, т. е. за тѣми предѣлами, которые покрываются званіемъ депутата, то зачѣмъ же было бы ее оговаривать именно въ отношеніи выборныхъ членовъ въ противоположность назначеннымъ, которые, какъ всякія должностныя лица, исполняя обязанности своей службы, признаются дѣйствующими правомѣрно и пользуются безотвѣтственностью поскольку остаются въ предѣлахъ своихъ полномочій,—но полной свободой сужденій, какъ чиновники, они не обладаютъ. Правда, ст. 5 Учр. Г. С. содержитъ указанія, что Гос. Сов. въ дѣлахъ ему предлагаемыхъ, „пользуется всею свободою мнѣній“, но эта статья не говоритъ о

какой-нибудь особой привилегіи членовъ Г. С., а указываетъ только на то, что въ Г. С. могутъ свободно высказываться разнообразныя мнѣнія; она являвляется остаткомъ и частью ст. 96 прежняго Учр. Г. С., гдѣ давались общія указанія о томъ, какъ слѣдуетъ Г. С. относиться къ дѣламъ, имъ разсматриваемымъ.

4) Дѣянія, учиняемыя народными представителями, являются, какъ сказано было выше, въ случаѣ, если они подходятъ подъ соотвѣтственныя статьи уголовнаго кодекса, дѣяніями противоправными, но не наказуемыми. Противоправность же ихъ не остается безъ всякой реакціи, эта реакція только опредѣляется въ иномъ порядкѣ, чѣмъ это принято вообще для преступныхъ дѣяній, именно въ видѣ проявленія особаго автономнаго уголовнаго права парламента, называемаго обыкновенно дисциплинарнымъ правомъ. Широкіе предѣлы этого дисциплинарнаго права по нашему законодательству указываютъ на то, что законодатель могъ имѣть въ виду создать этимъ должный противовѣсъ безнаказанности депутатовъ. Если бы безотвѣтственность депутатовъ не устанавливалась и если бы, слѣдовательно, была возможность привлеченія къ уголовной отвѣтственности депутата за всякій эксцессъ его рѣчи, то незачѣмъ было бы установлять суровыхъ дисциплинарныхъ мѣръ.

Въ нашемъ законодательствѣ дисциплинарная власть парламента регулируется ст. 37 и 38 Учр. Г. Д.; изъ нихъ первая говоритъ о правѣ предсѣдателя останавливать того изъ членовъ Г. Д., который уклоняется отъ соблюденія порядка или уваженія къ закону, и предоставляетъ предсѣдателю право объявить перерывъ засѣданія или его закрыть, а вторая опредѣляетъ, что въ случаѣ нарушенія порядка членомъ Г. Д., онъ можетъ быть удаленъ изъ засѣданія или устраненъ на опредѣленный срокъ отъ участія въ собраніяхъ Думы; при этомъ указывается, что членъ Д. удаляется изъ засѣданія по постановленію общаго собранія Д. либо ея отдѣла или комиссіи по принадлежности, а устраняется отъ участія въ собраніяхъ Д. на опредѣленный срокъ не иначе, какъ по постановленію общаго ея собранія. Какъ извѣстно на основаніи наказа Г. Д., это устраненіе отъ участія въ собраніяхъ доходитъ до устраненія на 15 засѣданій, т. е. примѣняется въ такомъ же объемѣ, какъ и во Франціи.

5) Какъ извѣстно, наряду съ привилегіей безнаказанности депутатовъ за сужденія и мнѣнія, высказанныя ими при исполненіи обязанностей ихъ званія, устанавливается въ конституціонныхъ государствахъ общая привилегія безнаказанности за напечатаніе

согласныхъ съ истиной отчетовъ законодательныхъ учрежденій, какъ бы самый фактъ напечатанія вообще ни являлся по закону преступнымъ, поскольку содержаніе отдѣльныхъ рѣчей депутатовъ, помѣщенныхъ въ отчетѣ, заключаетъ въ себѣ составъ какого-нибудь преступленія, напр. клеветы, оскорбленія величества, кощунства и т. п. Эта привилегія установляется независимо отъ привилегіи безотвѣтственности депутатовъ, ея обоснованіе иное, чѣмъ обоснованіе депутатскаго иммунитета, но, конечно, обѣ эти привилегіи взаимно дополняютъ другъ друга и тѣсно соприкасаются другъ съ другомъ. Всѣ современныя законодательства предусматриваютъ этотъ иммунитетъ, посвящая ему отдѣльныя статьи или въ самой конституціи (ст. 22 германск. констит.), или же, что̀ встрѣчается чаще, въ законахъ о печати (франц. законъ 1881 г., art. 41, итал. 1848 г. art. 30 и 31, австр. 1862 г. § 28); исторія же англійскаго права показываетъ намъ, что можетъ существовать привилегія безотвѣтственности депутатовъ безъ соотвѣтствующей привилегіи отчетовъ о засѣданіяхъ парламента, но обратнаго случая законодательства не знаютъ.

Въ нашемъ правѣ этотъ принципъ въ томъ видѣ, какъ онъ формируется обыкновенно въ иностранныхъ законодательствахъ, не выраженъ, а имѣются лишь ст. 45 Учр. Гос. Думы и соотвѣтствующая ей ст. 41 Учр. Г. С., гдѣ просто говорится: „отчеты о всѣхъ засѣданіяхъ общаго собранія Г. Д. составляются присяжными стенографами и по одобреніи предсѣдателемъ Д. допускаются къ оглашенію въ печати кромѣ отчетовъ о закрытыхъ засѣданіяхъ“. Эти статьи ничего не говорятъ о безнаказанности помѣщенія подобныхъ отчетовъ съ преступнымъ содержаніемъ въ произведеніяхъ печати, но между тѣмъ данный принципъ самъ собою разумѣется и въ такомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать ст. 45. Это признано и сенатомъ въ вышеприведенномъ рѣшеніи уг. к. д. по дѣлу крест. И. Федорова 1907, № 25; въ этомъ рѣшеніи мы читаемъ: „публикуемые согласно ст. 45 Учр. Г. Д. съ одобренія предсѣдателя Д. стенографическіе отчеты могутъ быть безвозбранно перепечатываемы полностью, какъ въ повременныхъ, такъ и періодическихъ изданіяхъ прессы;... только воспроизведеніе въ печати и распространеніе отчетовъ о думскихъ засѣданіяхъ въ томъ именно видѣ, какъ таковые разрѣшены къ печатанію, должно быть допускаемо безпрепятственно и не можетъ считаться преступнымъ. Всякое измѣненіе такихъ отчетовъ въ количественномъ или качественномъ отношеніи, допущенное въ періодической или повре-

менной печати, составляетъ оглашеніе отчетовъ Д. не въ томъ видѣ, въ которомъ законъ дозволяетъ оглашеніе ихъ въ печати, и потому такіе измѣненные отчеты и не могутъ пользоваться иммунитетомъ, обезпеченнымъ отчетамъ, оглашаемымъ, согласно правиламъ, установленнымъ въ ст. 45 Учр. Г. Д.". Такимъ образомъ эта привилегія нашла у насъ признаніе со стороны Сената, хотя, собственно говоря, данный иммунитетъ въ смыслѣ освобожденія отъ преслѣдованія за напечатаніе отчетовъ нигдѣ прямо закономъ не установленъ, какъ это сдѣлано въ другихъ законодательствахъ. Но если такъ истолковано молчаніе нашего закона въ отношеніи этого иммунитета, то тѣмъ болѣе должно быть допущено существованіе иммунитета народныхъ представителей, о „полной свободѣ сужденій и мнѣній" которыхъ говоритъ прямо законъ. Какъ логически изъ содержанія ст. 45 и значенія публичности засѣданій парламента пришлось вывести существованіе иммунитета отчетовъ по нашему праву, такъ логически изъ содержанія ст. 14 и существа обязанностей депутатовъ приходится выводить существованіе привилегіи безотвѣтственности ихъ. Къ тому же, если мы будемъ признавать иммунитетъ отчетовъ и будемъ отрицать иммунитетъ депутатовъ, то мы придемъ къ тому нелѣпому выводу, что депутата за его рѣчь, произнесенную въ Думѣ, можно, привлечь къ отвѣтственности, напр. по ст. 129 уг. ул., а того, кто распространяетъ напечатанный въ частномъ повременномъ изданіи отчетъ того засѣданія Д., гдѣ рѣчь была произнесена, привлекать къ отвѣтственности нельзя.

6) Но всѣ предыдущія соображенія, повидимому, разбиваются ст. 22 Учр. Г. Д., опредѣляющей особый порядокъ отвѣтственности депутатовъ за преступныя дѣянія, учиненныя ими при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей, лежащихъ на нихъ по сему званію; казалось бы, что эту статью слѣдуетъ толковать въ томъ смыслѣ, что она уничтожаетъ самый принципъ безотвѣтственности, установленный ст. 14, и что, слѣдовательно, никакой особой привилегіей депутаты по нашему праву не пользуются; но содержаніе этой статьи совершенно иное, и она нисколько не подрываетъ значенія ст. 14 Учр. Г. Д. Самый смыслъ ст. 22 таковъ. Подобно тому, какъ нахожденіе на государственной или общественной службѣ или занятіе извѣстной должности могутъ давать возможность служащимъ или должностнымъ лицамъ учинять такія преступленія, которыя или не могутъ быть вовсе учиняемы частными лицами, или же по сравненію съ преступленіями послѣднихъ

пріобрѣтаютъ особый характеръ въ виду особенности субъекта посягательства, такъ и положеніе народныхъ представителей даетъ имъ возможность совершать преступныя дѣянія, которыя не могутъ быть учиняемы остальными гражданами, или которыя, будучи учинены ими, получаютъ особое значеніе. Эти преступныя дѣянія депутатовъ, слѣдовательно, должны соотвѣтствовать тѣмъ дѣяніямъ, которыя именуются въ законѣ преступленіями по службѣ, но такъ какъ народные представители не состоятъ на службѣ, то для обозначенія ихъ преступныхъ дѣяній выбранъ терминъ, неоднократно употребляемый въ нашемъ правѣ—преступленіе, учиненное при исполненіи или по поводу исполненія обязанностей. Интересно отмѣтить, что до сихъ поръ этотъ терминъ—и вполнѣ умѣстно—употреблялся для обозначенія преступныхъ дѣяній, учиненныхъ противъ служащаго при исполненіи или по поводу исполненія имъ своихъ обязанностей—причемъ выраженіе „при исполненіи“ опредѣляло ближе моментъ совершенія преступленія, а—„по поводу“ указывало на побужденіе лица, учиняющаго преступное дѣяніе. Теперь же этотъ терминъ употребляется впервые для характеристики не объекта, а субъекта преступнаго дѣянія, такъ какъ въ законѣ говорится о дѣяніи, учиненномъ депутатомъ при исполненіи обязанностей или по поводу ихъ, и если первую категорію дѣяній, т. е. преступленій, совершенныхъ при исполненіи обязанностей званія, и можно себѣ представить, то нельзя сказать этого относительно второй категоріи, гдѣ рѣчь идетъ о мотивѣ дѣятельности виновнаго. По поводу исполненія обязанностей службы нельзя совершить преступленія. Что дѣйствительно въ ст. 22 имѣлись въ виду тѣ преступленія, которыя соотвѣтствуютъ преступленіямъ по службѣ, это видно изъ того, что для этихъ преступленій установленъ тотъ порядокъ, который существуетъ въ отношеніи опредѣленныхъ должностныхъ лицъ, совершающихъ преступленія по службѣ ихъ—преданіе верховному уголовному суду. Верховный уголовный судъ—по нашему праву особый судъ для сужденія о преступленіяхъ по службѣ, учиненныхъ высшими государственными сановниками. Онъ замѣняетъ собой тѣ особые суды (напр. сенатъ, судебн. палату съ сословн. представител.), которые установлены для сужденія преступленій по службѣ другихъ должностныхъ лицъ и служащихъ. Ясно, что, устанавливая особый порядокъ отвѣтственности для членовъ Г. Д. и Г. С. по выборамъ, законодатель имѣлъ въ виду тѣ преступленія ихъ, которыя соотвѣтствуютъ преступленіямъ по службѣ. И эта мысль

нашла себѣ не вполнѣ правильное, но вполнѣ понятное выраженіе въ ст. 1076 у. у. с. (по прод. 1906), помѣщенной въ главѣ „о судопроизводствѣ по преступленіямъ должности“ и говорящей о томъ, что „верховному уголовному суду предаются за преступленія должности члены Госуд. Д. и члены Гос. Сов., предсѣдатель Сов. Мин., министры, главноуправляющіе отдѣльными частями, намѣстники и генералъ-губернаторы“. Какъ ни неудачно здѣсь выраженіе „преступленіе по должности“, но смыслъ его вполнѣ ясенъ. Такимъ образомъ, ст. 22 должна предусматривать тѣ дѣянія, которыя соотвѣтствуютъ преступленіямъ по службѣ, поскольку они могутъ быть учинены депутатами; слѣдовательно, сюда изъ всей массы преступленій по службѣ, извѣстныхъ уложенію о наказаніяхъ, можно было бы отнести только превышеніе власти (ст. 341), лихоимство (ст. 373), оскорбленіе кого-либо при отправленіи должности словомъ или дѣломъ (ст. 347), присвоеніе ввѣреннаго имущества (ст. 354) и подлогъ (ст. 362). Но нужно замѣтить, что всѣ статьи улож. о нак., касающіяся преступленій по службѣ, предполагаютъ субъекта служащаго и пока нѣтъ въ законѣ прямого указанія на то, что служащимъ приравниваются въ содѣяніи того или другого преступленія депутаты, до тѣхъ поръ примѣненіе соотвѣтствующихъ нормъ по аналогіи представляется весьма сомнительнымъ—настолько неоднородны и самыя функціи и значеніе дѣятельности съ одной стороны народныхъ представителей и служащихъ съ другой. Законодательство Западной Европы показываетъ намъ въ этомъ отношеніи слѣдующее. Тамъ, гдѣ въ самый текстъ уголовнаго кодекса вносится ближайшее опредѣленіе понятія служащаго въ строгомъ смыслѣ этого слова, какъ напр. въ Германіи, тамъ не можетъ быть рѣчи объ отвѣтственности депутата за преступленія, субъектомъ которыхъ можетъ быть только служащій. Напротивъ того, тамъ, гдѣ такого опредѣленія въ законодательствѣ не дается, наблюдается стремленіе практики подводить подъ соотвѣтствующія статьи закона преступныя дѣянія депутатовъ. Такъ это имѣло мѣсто въ Италіи въ 1893 г., когда палата согласилась выдать депутата de Zerbi, обвинявшагося въ присвоеніи имущества и подкупѣ, и во Франціи до закона 4 іюля 1899 г. [1]). Изъ современныхъ законо-

[1]) Рѣшеніемъ кассаціоннаго суда 29 мая 1886 г. было разъяснено, что art. 177 Code pénal, говорящій о „fonctionnaire public“, имѣетъ въ виду и депутатовъ.

дательствъ только французское послѣ указаннаго закона, измѣнившаго art. 177 Code pén., предусматриваетъ прямо взяточничество (corruption), учиненное лицомъ, обладающимъ mandat électif [1]). Съ другой стороны art. 266 бельгійскаго уг. ул., говорящій о взяточничествѣ, учиненномъ вообще со стороны „toute personne chargée d'un service public" даетъ возможность подводить подъ эту статью и преступленія депутатовъ. Наконецъ, голландское улож. даетъ такое широкое опредѣленіе понятія служащаго, что подъ него могутъ быть подведены и народные представители (art. 84). Мысль о распространеніи понятія служащаго и въ отношеніи депутатовъ возникала также при составленіи итальянскаго код., но не получила должнаго признанія [2]). Итакъ, пока уголовный матеріальный законъ не создалъ еще особыхъ опредѣленій объ отвѣтственности депутатовъ за преступныя дѣянія, учиненныя ими при исполненіи обязанностей ихъ званія, до тѣхъ поръ ст. 22 лишена реальнаго содержанія. Наконецъ, въ виду того, что въ этой статьѣ говорится о такихъ дѣяніяхъ, которыя соотвѣтствуютъ преступленіямъ по службѣ, нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ предполагать, что ею объемлются тѣ случаи, гдѣ рѣчь идетъ объ общихъ преступленіяхъ, совершенныхъ депутатами при исполненіи обязанности званія, разъ они не образуютъ преступленія по службѣ. Поскольку оскорбленіе величества, кощунство, возбужденіе массъ и т. п. не являются преступленіями по службѣ, и поскольку даже служащій, совершившій ихъ при исполненіи обязанностей службы, не предается за это суду въ томъ особомъ порядкѣ, который установленъ для преступленій по службѣ, постольку нельзя установлять противоположнаго начала въ отношеніи преступныхъ дѣяній этого рода, учиненныхъ депутатомъ при исполненіи его обязанностей. За общія же преступленія, поскольку они не проявляются въ преступленіяхъ, совершенныхъ словесно, депутатъ долженъ привлекаться къ отвѣтственности въ общемъ порядкѣ, независимо отъ того, гдѣ совершено преступленіе—въ засѣданіи парламента или внѣ его.

---

[1]) Рѣшеніе кассаціоннаго суда 24 февр. 1893 г. по дѣлу Лессенса категорически устанавливаетъ, что ст. 177 обнимаетъ подкупъ какъ сенаторовъ, такъ и депутатовъ. Это признается въ настоящее время и теоріей, отстаивавшей до закона 1889 г. иное толкованіе (ср. Garraud., l. c. t. IV, p. 63).

[2]) Wachinger. Verbrechen und Vergehen im Amte (Vergl. Darst. des deuts. u. ausl. Strafrechts Bes. T. IX, p. 280).

Итакъ, разсматривая всѣ вышеприведенныя соображенія, мы должны сказать, что по нашему законодательству признается привилегія безотвѣтственности депутатовъ. И можно лишь пожелать, чтобъ во избѣжаніе всякихъ сомнѣній этотъ принципъ былъ формулированъ такъ же ясно, какъ и въ другихъ законодательствахъ. Въ этомъ отношеніи казалось бы особенно цѣлесообразнымъ, сохраняя ст. 14 Учр. Г. Д., внести въ уголовное уложеніе по образцу § 11 Германск. уг. ул. опредѣленіе, которое гласило бы, что „членъ Г. Д. или Г. С. по выборамъ не можетъ подлежать преслѣдованію за тѣ сужденія и мнѣнія, которыя онъ высказываетъ при исполненіи обязанностей своего званія, подвергаясь за это отвѣтственности лишь передъ той палатой, членомъ которой онъ состоитъ". Подобное положеніе, внесенное въ гл. I, отд. II „о пространствѣ дѣйствія уголовнаго закона", давало бы указаніе на ограниченіе предѣловъ дѣйствія уголовныхъ законовъ въ отношеніи депутатовъ, пользующихся иммунитетомъ.

V.

Разсмотримъ теперь ближе вопросъ объ объемѣ привилегіи безотвѣтственности депутатовъ по нашему праву, именно вопросъ о томъ, кто пользуется этой привилегіей, при какихъ условіяхъ и въ какихъ случаяхъ.

Привилегія принадлежитъ членамъ Г. Д. (ст. 14 Учр. Г. Д.), и членамъ Г. С. по выборамъ (ст. 26 Учр. Г. С.); члены Г. С. по назначенію, какъ сказано было выше, этой привилегіей не пользуются, такъ какъ они не являются народными представителями. Самое же значеніе этой привилегіи для данныхъ лицъ заключается въ томъ, что ихъ безотвѣтственность за выраженныя мнѣнія и сужденія имѣетъ мѣсто какъ во все время отправленія ими обязанностей званія депутата, такъ и послѣ этого момента — она сохраняетъ свою силу разъ навсегда.

Всякій членъ Г. С. и Г. Д. пользуется данной привилегіей, начиная съ того момента, какъ онъ сдѣлался членомъ той или другой палаты, — безразлично, правильно или неправильно онъ былъ избранъ ея членомъ, такъ что, если впослѣдствіи при провѣркѣ полномочій депутатъ утратитъ свое званіе, какъ неправильно избранный, онъ не отвѣчаетъ за то, что́ онъ говорилъ до тѣхъ поръ, пока не былъ „разъясненъ".

Привилегіей пользуются члены палатъ лишь при исполненіи

обязанностей ихъ званія; это положеніе прямо не выражено въ нашемъ законодательствѣ, но оно само собой разумѣется. Только тогда, когда депутатъ выступаетъ именно, какъ таковой, онъ пользуется своей привилегіей. А въ такой роли онъ выступаетъ, конечно, въ общихъ собраніяхъ, въ отдѣлахъ и въ комиссіяхъ, наконецъ въ особыхъ депутаціяхъ, которыя отъ имени парламента могутъ быть направлены, напр. къ монарху для передачи ему адреса; но затѣмъ во всѣхъ остальныхъ случаяхъ депутатъ не пользуется иммунитетомъ. Поэтому, если депутатъ повторитъ гдѣнибудь свою сказанную въ парламентѣ рѣчь, за которую онъ уголовной отвѣтственности не подлежитъ, то онъ за это отвѣчаетъ, если въ этой рѣчи заключается преступное содержаніе [1]), равно, какъ онъ отвѣчаетъ при тѣхъ же условіяхъ за рѣчи и отчеты передъ своими избирателями; точно также не пользуются безотвѣтственностью депутаты въ засѣданіяхъ фракціонныхъ [2]). Затѣмъ, разумѣется, данная привилегія существуетъ въ отношеніи всего, что входитъ въ область обсужденія законодательной палаты. Наше право однако въ этомъ отношеніи на первый взглядъ повидимому сокращаетъ объемъ привилегіи безотвѣтственности, установляя общее положеніе о томъ, что она принимается во вниманіе только по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Думы (ст. 14 Учр. Г. Д.). Проф. Лазаревскій по этому поводу замѣчаетъ: „такъ какъ нашъ законъ стремится дать исчерпывающій перечень дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію Думы, то можетъ показаться, что достаточно признать, что данный вопросъ изъ компетенціи Думы выходитъ, чтобы привлечь къ отвѣтственности членовъ Думы за высказанныя ими по сему поводу мнѣнія. Выводъ не допустимый, ибо онъ противорѣчитъ самому существу разсматриваемой привилегіи парламентовъ“ и толкуетъ слова ст. 14 совершенно правильно въ томъ смыслѣ, что „это — всѣ тѣ дѣла, которыя внесены въ Думу въ установленномъ порядкѣ и по которымъ Думѣ приходится высказаться“ [3]), слѣдовательно, какъ дѣла, прямо перечисленныя въ ст. 31 Учр. Г. Д., опредѣляющей ея компетенцію, такъ и тѣ, которыя заключаютъ въ себѣ содержаніе отдѣльныхъ запросовъ, дѣлаемыхъ правительству относительно незаконномѣрности его дѣйствій (ст. 33 Учр. Г. Д.).

---

[1]) Olshausen, l. c., p. 89; Fabreguettes, l. c., p. 79.
[2]) Впрочемъ, иного мнѣнія Bar, l. c., p. 254.
[3]) Лазаревскій, l. c., стр. 335.

При этомъ, конечно, всѣ акты дѣятельности членовъ парламента, какъ таковыхъ, объемлются этой привилегіей. Въ своихъ рѣчахъ, въ докладахъ, въ формулахъ перехода къ очереднымъ дѣламъ, въ запросахъ, въ подачѣ голоса члены парламента могутъ высказать тѣ мнѣнія и сужденія, которыя влекутъ за собой ихъ безотвѣтственность.

Распространяется ли однако эта привилегія на реплики и на частные разговоры депутатовъ во время засѣданія парламента? Эти два случая слѣдуетъ различать. И если въ первомъ отношеніи слѣдуетъ признать безотвѣтственность депутата, такъ какъ дѣлающій съ своего мѣста реплику по поводу рѣчи или доклада и т. п. выражаетъ свое мнѣніе и сужденіе при исполненіи обязанностей званія [1]), то иначе слѣдуетъ относиться къ частнымъ разговорамъ членовъ парламента во время засѣданій послѣдняго. Эти разговоры къ кругу ихъ обязанностей не относятся, хотя бы они и касались предмета, обсуждаемаго въ засѣданіи, они равносильны всякимъ вообще частнымъ разговорамъ членовъ парламента въ его стѣнахъ—мѣсто засѣданія здѣсь ни при чемъ. Впрочемъ, нужно замѣтить, что этотъ вопросъ въ литературѣ вызываетъ споръ. Такъ, въ приведенномъ выше смыслѣ его рѣшаетъ Муральтъ [2]), который говоритъ, что эта привилегія имѣетъ въ виду только случаи обращенія депутата къ самой палатѣ, и Губрихъ [3]); другіе же, напр. Клейнфеллеръ [4]) и Биндингъ [5]) распространяютъ привилегію на частные разговоры по предметамъ депутатскаго званія (Gegenstände des Abgeordnetenberufs), выдвигая такимъ образомъ на первый планъ то, о чемъ ведутся разговоры.

Что касается самого объема привилегіи, то она распространяется на сужденія и мнѣнія депутатовъ; сужденія высказываются въ рѣчахъ и т. п., мнѣнія могутъ заявляться и инымъ образомъ и прежде всего посредствомъ подачи голоса. Но спрашивается, слѣдуетъ ли ограничиваться здѣсь исключительно словесными выраженіями депутатомъ своего мнѣнія или надо имѣть въ виду и извѣстныя символическія дѣйствія, опредѣленныя конклюдентныя дѣйствія, наконецъ, и воздержаніе отъ тѣхъ или другихъ дѣй-

[1]) Впрочемъ иначе смотритъ на это Frank, l. c., p. 39.
[2]) Muralt, l. c., p. 63.
[3]) Hubrich, l. c., p. 365, n. 50.
[4]) Kleinfeller, l. c., p. 330.
[5]) Binding, l. c., p. 676.

ствій? Разъ мнѣніе депутата можетъ быть, конечно, выражено и такимъ способомъ, то и на эти случаи должна распространяться его привилегія. Сюда относятся выраженіе разныхъ знаковъ неудовольствія, сидѣніе на мѣстахъ во время провозглашенія „ура“ въ честь монарха и т. п. Таково господствующее мнѣніе, иначе относится къ этому вопросу одинъ только Биндингъ [1]), вполнѣ допуская отвѣтственность за символическую обиду. Въ этомъ отношеніи особенно характерно опредѣленіе Финляндскаго Сеймоваго Устава, которое устраняетъ всякое сомнѣніе, предусматривая вообще поведеніе депутата, а не только одни словесныя выраженія мнѣній. Какъ извѣстно, данный вопросъ получилъ практическое значеніе въ Германіи. При открытіи новаго зданія парламента въ первомъ засѣданіи его 6 дек. 1894 г. президентъ провозгласилъ „Hoch“ въ честь императора, всѣ члены парламента поднялись при этомъ съ мѣстъ, исключая депутата Либкнехта, оставшагося сидѣть. Президентъ обратился съ замѣчаніемъ къ нему, указывая на то, что этотъ поступокъ „nicht der Sitte deutscher Männer“ и выразилъ сожалѣніе, что онъ лишенъ средствъ должнымъ образомъ воздѣйствовать на это. Когда же черезъ нѣсколько времени было возбуждено противъ Либкнехта уголовное преслѣдованіе за оскорбленіе величества, парламентъ отказался дать свое согласіе на это, ссылаясь на иммунитетъ народнаго представителя. Послѣдствіемъ этого случая было усиленіе въ 1895 г. средствъ парламентской дисциплины въ видѣ установленія права удаленія члена парламента изъ его засѣданія.

Установивъ сущность привилегіи безотвѣтственности народнаго представителя, слѣдуетъ обратиться къ указанію тѣхъ преступленій, которыя этой привилегіей покрываются. Она распространяется на всѣ дѣянія, учиняемыя посредствомъ слова, слѣдовательно, съ точки зрѣнія нашего законодательства на богохульство (ст. 73 у. у.), кощунство (ст. 74 у. у.), поношеніе нехристіанской религіи (ст. 75 у. у.), возбужденіе къ переходу православнаго въ иное вѣроисповѣданіе (ст. 90 у. у.), оскорбленіе величества (ст. 103, 106, 107 у. у.), подговоръ составить сообщество для учиненія бунтовщическаго дѣянія (ст. 102, ч. 4 у. у.), опубликованіе государственныхъ тайнъ (ст. 111 у. у.), оказаніе дерзостнаго неуваженія Верховной власти и порицаніе образа правленія и порядка наслѣдія престола (ст. 128 у. у.), возбужденіе массъ къ совершенію

[1]) Binding, l. c., p. 675.

преступныхъ и противозаконныхъ дѣяній (ст. 129 у. у.), оскорбленіе иностраннаго дипломатическаго агента (ст. 261 ул. о нак.), оскорбленіе чиновника (ст. 286 ул. о нак.), разглашеніе ложныхъ слуховъ (ст. 134, п. 3 у. у. и ст. 275^1 и 281^1 ул. о нак.), возбужденіе къ противодѣйствію къ выборамъ въ Госуд. Думу и массовому воздержанію отъ нихъ (ст. 328^2 ул. о нак.), употребленіе подложныхъ документовъ (ст. 294), вызовъ на поединокъ (ст. 1497 ул. о нак.), обида (ст. 130 уст. о нак.), клевета (ст. 136 уст. о нак.) и угроза (ст. 139 уст. о нак.). Таковъ по нашему праву объемъ тѣхъ деликтовъ, которые могутъ быть учинены словомъ и на которые распространяется привилегія безотвѣтственности. Но затѣмъ возникаетъ вопросъ о томъ, распространяется ли она на тѣ случаи, когда депутатъ въ своей рѣчи подстрекаетъ къ какому-нибудь опредѣленному преступному дѣянію, которое затѣмъ и совершается. Вопросъ этотъ имѣетъ особое значеніе въ виду того, что подстрекательство разсматривается, какъ видъ соучастія въ преступномъ дѣяніи, а не есть самостоятельное преступленіе. Вопросъ этотъ вызываетъ споры въ современной германской литературѣ. Большинствомъ писателей онъ рѣшается въ смыслѣ допущенія и здѣсь привилегіи, такъ напр. Баръ [1]), говоритъ, что нельзя различать такія рѣчи, которыя не имѣютъ никакого внѣшняго дѣйствія (eine Wirkung nach aussen), и такія, которыя его имѣютъ, такъ какъ въ дѣйствительности слова наказываются не сами по себѣ, а лишь поскольку они имѣютъ какое-нибудь внѣшнее дѣйствіе; по его мнѣнію вся привилегія станетъ иллюзорной, если допустить иное толкованіе. По словамъ Муральта [2]), подстрекательство, которое совершается словесно, остается словеснымъ преступленіемъ, даже если оно имѣетъ своимъ послѣдствіемъ преступное дѣйствіе, совершаемое другимъ; а Шведлеръ [3]) замѣчаетъ, что подстрекательство сохраняетъ свое самостоятельное значеніе и тогда, когда произошелъ самый деликтъ и если оно совершилось посредствомъ слова, то и остается совершившимся дѣйствительно посредствомъ слова. Это же мнѣніе поддерживаютъ Г. Мейеръ [4]) и Клейнфеллеръ [5]).

Но этому противополагается другое мнѣніе, защищаемое Бин-

[1]) Bar, l. c. p. 250.
[2]) Muralt, l. c., p. 66.
[3]) Schwedler, l. c., p. 41.
[4]) Meyer-Allfeld, l. c., p. 107, n. 7.
[5]) Kleinfeller, l. c. p. 329.

дингомъ [1]) и раздѣляемое вмѣстѣ съ нимъ Ольсгаузеномъ [2]), Губрихомъ [3]) и Фингеромъ [4]). Биндингъ, разсматривая подстрекательство къ убійству, замѣчаетъ, что подстрекатель къ убійству долженъ наказываться, какъ убійца, потому, что дѣйствіе подстрекателя не есть выраженіе мнѣнія, не есть словесное преступленіе, но преступленіе, которое не можетъ быть совершено посредствомъ слова, хотя и можно сдѣлаться соучастникомъ въ немъ и посредствомъ слова; здѣсь, говоритъ онъ, народный представитель отвѣчаетъ не за то, что онъ сказалъ въ палатѣ, а за то, что онъ сдѣлалъ внѣ палаты и что онъ вызвалъ своимъ словомъ. Нельзя не усмотрѣть въ словахъ Биндинга установленія извѣстной фикціи, при которой слово разсматривается, какъ дѣйствіе; но слово остается всегда словомъ, оно не превращается въ дѣйствіе отъ того, что другое лицо подъ его вліяніемъ что-нибудь совершило; говорить, что въ этомъ случаѣ нужно считаться съ тѣмъ, что депутатъ сдѣлалъ внѣ палаты, значитъ устанавливать новую фикцію, которая дѣйствительно можетъ сдѣлать иллюзорной всю привилегію безотвѣтственности,—иначе пришлось бы отказаться и отъ безотвѣтственности депутата при возбужденіи массъ его рѣчью въ случаѣ, если бы было совершено подъ вліяніемъ этой рѣчи какое-нибудь конкретное преступленіе, къ учиненію коего онъ вообще призывалъ. Парламентской же дисциплиной и въ этомъ случаѣ можно сдѣлать должный отпоръ депутату, который допускаетъ подобное злоупотребленіе своими полномочіями.

VI.

Послѣдній вопросъ, который долженъ подлежать нашему разсмотрѣнію, это вопросъ о томъ, какъ бороться вообще съ тѣми злоупотребленіями иммунитетомъ, которыя могутъ встрѣтиться въ дѣятельности парламента. Конечно, народные представители—лучшіе люди земли—должны высоко поддерживать свое званіе, и въ этомъ отношеніи невольно вспоминаются слова предсѣдателя первой Госуд. Думы С. А. Муромцева, сказанныя имъ въ одномъ изъ засѣданій Думы: „господа, не согласимся ли мы разъ навсегда,

[1]) Bindind, l. c., p. 675.
[2]) Olshausen, l. c., p. 79.
[3]) Hubrich, l. c., p. 367.
[4]) Finger, l. c., p. 436.

что личныя пререканія и оскорбительныя выраженія ниже достоинства Госуд. Думы? Я продолжу свою мысль. Старый строй, власть котораго во всемъ исходила сверху, пріучилъ къ тому, что люди, стоящіе у власти, часто считали себя въ правѣ наносить подчиненнымъ оскорбленіе вмѣсто того, чтобы ограничиться достойнымъ и авторитетнымъ указаніемъ на неправильность ихъ поступка. Неужели же мы, представители русскаго народа, занявъ положеніе въ качествѣ органа государственной власти, будемъ подражать старымъ носителямъ власти?“ [1]).

Но, разумѣется, въ семьѣ не безъ урода, и возможно появленіе на парламентской каѳедрѣ людей, позволяющихъ себѣ всевозможные эксцессы слова, въ особенности въ видѣ личныхъ оскорбленій. Разумѣется, темпераментъ отдѣльныхъ людей, ихъ характеръ заставляетъ ихъ совершать тѣ или другіе эксцессы, такъ сказать bona fide, въ пылу преній, но ни одинъ парламентъ не застрахованъ отъ проникновенія въ его среду такихъ людей, которые и во внѣпарламентской дѣятельности не стѣсняются прибѣгать къ личнымъ оскорбленіямъ и въ особенности къ клеветѣ. И вотъ съ одной стороны мы видимъ, что нѣкоторыя законодательства считаются съ необходимостью установленія изъятій изъ начала безотвѣтственности, съ другой стороны мы находимъ, что въ настоящее время и въ литературѣ поднятъ вопросъ объ установленіи какихъ-нибудь мѣръ противъ злоупотребленій депутатской привилегіи, поскольку являются недостаточными общія мѣры парламентской дисциплины. Съ этими попытками установленія средствъ борьбы съ указанными злоупотребленіями и должны мы теперь ознакомиться.

Первая попытка, которая нашла себѣ опредѣленное выраженіе въ нѣкоторыхъ конституціяхъ, — выдѣленіе извѣстныхъ преступленій изъ сферы дѣйствія привилегіи; при этомъ или въ самихъ конституціяхъ точно указываются тѣ преступленія, которыя изъемлются изъ дѣйствія привилегіи, или же предоставляется усмотрѣнію самой палаты устранить въ конкретномъ случаѣ безотвѣтственность депутата.

Первый путь избранъ, какъ было раньше указано, лишь немногими конституціями, притомъ въ настоящее время только въ отношеніи оскорбленія чести. Вполнѣ понятны мотивы установленія этого изъятія. Дѣла объ оскорбленіи — дѣла такого рода,

---

[1]) Стеногр. отч. стр. 1575.

гдѣ нельзя не считаться съ положеніемъ потерпѣвшаго, въ отношеніи котораго допущена клевета и который заинтересованъ въ томъ, чтобы эта клевета была опровергнута и его доброе имя реабилитировано. И въ этомъ отношеніи обычныя мѣры парламентской дисциплины не имѣютъ особеннаго значенія, такъ какъ предсѣдатель собранія можетъ и не знать, заключаетъ ли въ себѣ данное заявленіе депутата правду или ложь, общее же его замѣчаніе не касаться извѣстнаго лица, не есть мѣра дисциплинарная Но какъ ни слѣдовало бы считаться въ подобныхъ случаяхъ съ интересами потерпѣвшаго отъ оскорбленія, все же интересы публичные выше интересовъ частныхъ и устанавливать ради послѣднихъ изъятіе изъ общаго начала безотвѣтственности, установленнаго въ публичныхъ интересахъ, не представляется желательнымъ; притомъ при такой системѣ безотвѣтственность на практикѣ часто будетъ мнимой. Вотъ почему подобный порядокъ, сохраняющійся еще въ нѣкоторыхъ государствахъ, не пользуется сочувствіемъ.

Другой путь — это тотъ, при которомъ рѣшеніе вопроса объ изъятіи изъ дѣйствія привилегіи въ конкретномъ случаѣ зависитъ отъ самой палаты. Эта система на первый взглядъ представляетъ больше преимуществъ, чѣмъ первая, такъ какъ поскольку отъ палаты зависитъ принятіе той или другой дисциплинарной мѣры, постольку отъ нея можетъ зависѣть и постановленіе о преданіи виновнаго общему суду, если дисциплинарныхъ мѣръ оказывается, по ея мнѣнію, недостаточно. Но противъ этой системы справедливо возражаютъ, указывая на то, что она нежелательна потому, что при ней особенную роль играетъ партійная ненависть и личная вражда [1]), и всѣ пренія по вопросу о преданіи суду получаютъ особенную остроту [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ при ней принципъ полной безотвѣтственности не получаетъ должнаго признанія и притомъ изъятія отъ него дѣлаются не въ силу безпристрастнаго указанія закона, а въ силу очень часто пристрастнаго рѣшенія той или другой господствующей въ данный моментъ въ парламентѣ партіи.

Другую попытку представляютъ предложенія, направленныя

---

[1]) Schwedler, l. c., p. 43.

[2]) Какъ говоритъ Pierre, l. c., p. 1260 „permettre des recherches juridiciares à l'occasion d'exercice légal du mandat, c'est faciliter les ostracismes politiques".

на усиленія мѣръ парламентской дисциплины; такъ между прочимъ это предлагаетъ Губрихъ [1]), высказывающійся вообще противъ уничтоженія или ограниченія депутатскаго иммунитета, хотя онъ и признаетъ его нѣкоторыя отрицательныя стороны. Подобныя предложенія имѣютъ извѣстный смыслъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ, какъ въ Германіи и Бельгіи, дисциплинарная власть парламента слаба, но не въ тѣхъ, гдѣ она достаточно сильна. Въ Германіи же вопросъ объ усиленіи мѣръ парламентской дисциплины не разъ поднимался, но вызывалъ къ себѣ въ общемъ отрицательное отношеніе. Особенно памятна та кампанія, которая была открыта противъ внесеннаго въ 1879 г. въ рейхстагъ Бисмаркомъ законопроекта, получившаго названіе законопроекта о намордникѣ (Maulkorbgesetz) и направленнаго противъ соціалъ-демократовъ. По этому законопроекту предполагалось создать особую комиссію въ составѣ президента, двухъ вице-президентовъ и 10 членовъ парламента, избираемую на всю сессію парламента и осуществляющую дисциплинарную власть въ отношеніи всякаго непорядка (Ungebür), допущеннаго депутатомъ. При этомъ было предположено предоставить этой комиссіи право исключенія депутата изъ рейхстага на опредѣленный срокъ вплоть до конца сессіи, съ предоставленіемъ виновному права обжалованія этого рѣшенія въ общее собраніе рейхстага. Вмѣстѣ съ тѣмъ предположено было предоставить рейхстагу право передавать уголовному суду дѣла о произнесеніи депутатами рѣчей преступнаго содержанія. Съ точки зрѣнія русскаго права, усиленіе дисциплинарной власти палатъ въ виду существующаго права удаленія члена Думы на 15 засѣданій и члена Гос. С. на одинъ мѣсяцъ представляется излишнимъ.

Наконецъ, особую попытку рѣшенія даннаго вопроса представляютъ предложенія тѣхъ писателей, которые, не посягая на самый принципъ безотвѣтственности депутатовъ, указываютъ на необходимость установленія въ интересахъ реабилитаціи опозореннаго лица особаго порядка, направленнаго на констатированіе и оцѣнку оглашеннаго позорящаго факта; самыя предложенія установленія такого особаго порядка отличаются большимъ разнообразіемъ.

Такъ, прежде всего предлагается путь обще-судебный. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ Биндингъ, который говоритъ, что въ настоящее время привилегія безнаказанности ограждаетъ двѣ группы дѣяній, изъ которыхъ одну легко извинить, а другую, напротивъ,

---

[1]) Hubrich l. c., p. 394.

слѣдовало бы облагать квалифицированнымъ наказаніемъ. Къ послѣдней онъ относитъ всѣ предумышленныя и всѣ тѣ словесныя преступленія, въ которыхъ средствомъ совершенія являются умышленная ложь, т. е. клевета; къ первой же—тѣ выраженія, которыя произнесены въ пылу препій,—здѣсь онъ допускаетъ мѣры парламентской дисциплины и въ виду этого факультативную безнаказанность подобныхъ дѣяній. Усматривая далѣе въ самой привилегіи въ этомъ случаѣ privilegium odiosum безправности всѣхъ тѣхъ, кто будетъ подвергнутъ нападенію посредствомъ такихъ словесныхъ преступленій, онъ находитъ, что самое меньшее, что можно было бы предоставить потерпѣвшему, это принесеніе жалобы, направленной на установленіе словеснаго преступленія со стороны судьи, который ограничивался бы констатированіемъ деликта и подведеніемъ его подъ уголовный законъ, но не назначалъ бы наказанія [1]). Ту же мысль высказывали Муральтъ [2]), Кисслингъ [3]) и Розинъ [4]).

Другіе писатели говорятъ о третейскихъ судахъ и прежде всего о парламентскихъ. Это предлагаетъ между прочимъ Баръ въ своемъ проектѣ закона о третейскихъ судахъ въ парламентѣ [5]); точно также Шведлеръ [6]) рекомендуетъ установить особый судъ изъ самихъ депутатовъ съ участіемъ представителя правительства, не имѣющаго однако права голоса; этотъ судъ, не обладающій уголовной властью, былъ бы, по его мнѣнію, компетентенъ для разсмотрѣнія по заявленію потерпѣвшаго, насколько согласны съ истиной заявленія, сдѣланныя по его адресу депутатомъ въ его рѣчи; суду этому слѣдовало бы предоставить право допрашивать свидѣтелей и обращаться къ содѣйствію полицейскихъ и судебныхъ властей; его рѣшеніе сообщалось бы общему собранію палаты, заносилось бы въ протоколъ и публиковалось бы во всеобщее свѣдѣніе.

Каждое изъ указанныхъ предложеній имѣетъ свои достоинства, а самый путь подобнаго рѣшенія вопроса представляется наиболѣе цѣлесообразнымъ, и намъ казалось бы, что наиболѣе удобной была бы здѣсь система третейскихъ судовъ, составляемыхъ наполовину

---

[1]) Binding, l. c., p. 680.

[2]) Muralt, l. c., p. 126.

[3]) Kissling, Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten und der Schutz gegen Missbrauch derselben. 1885, p. 21.

[4]) Розинъ, l. c., 242, п. 1.

[5]) Bar, Redefreiheit, p. 45.

[6]) Schwedler, l. c., p. 46.

изъ членовъ палатъ, наполовину же изъ посторонних лицъ, свободно избираемыхъ каждою изъ сторонъ по ея усмотрѣнію. Въ подобномъ судѣ могъ бы находить себѣ проявленіе судъ общественнаго мнѣнія, и судъ этотъ, будучи достаточно авторитетнымъ, могъ бы выносить свой приговоръ, давая въ немъ соотвѣтствующую оцѣнку того заявленія, которое допущено было депутатомъ по адресу потерпѣвшаго. Судъ этотъ, выражая свое порицаніе депутату и тѣмъ самымъ реабилитируя въ глазахъ общества того, чья честь могла пострадать отъ клеветническаго заявленія депутата, выполнялъ бы этимъ ту свою функцію, которая въ дѣлахъ подобнаго рода должна выдвигаться на первый планъ,—здѣсь дѣло не въ наказаніи клеветника во что бы то ни стало, а въ возстановленіи добраго имени опозореннаго.

По окончаніи доклада *А. А. Жижиленко* баронъ *А. Ф. Мейендорфъ* сдѣлалъ краткое сообщеніе на ту же тему „О безотвѣтственности народныхъ представителей“.

Докладчикъ началъ съ признанія, что онъ лишь недавно пришелъ къ теперешнему своему взгляду на привилегію безотвѣтственности. Въ декабрѣ прошлаго года, когда въ Г. Д. произошли тѣ инциденты, которые привели въ настоящее время къ постановкѣ на очередь вопроса о безотвѣтственности депутатовъ, ему казалось, что въ нашемъ законодательствѣ этой привилегіи не существуетъ, и что депутаты на общемъ основаніи отвѣтственны за произносимыя въ парламентѣ рѣчи. И въ принципѣ такая отвѣтственность депутатовъ за парламентскія рѣчи и сужденія не представлялась ему чѣмъ-либо ненормальнымъ и несправедливымъ. Вспоминались по этому поводу слова В. Д. Набокова, сказанныя имъ по аналогичному вопросу— объ отвѣтственности адвоката за произносимую имъ на судѣ рѣчь: „Адвокатура, дорожащая своимъ достоинствомъ, не усматриваетъ въ такомъ общемъ положеніи чего-либо, нарушающаго ея интересы, даже напротивъ“... Казалось, слова эти въ неменьшей степени справедливы и относительно депутатовъ въ ихъ парламентской дѣятельности. Однако, болѣе внимательное изученіе вопроса заставило его отказаться отъ изложеннаго взгляда и привело его къ противоположному, положительному рѣшенію вопроса о безотвѣтственности депутатовъ, какъ въ смыслѣ признанія наличности этой привилегіи по нашему дѣйствующему законодательству, такъ и въ смыслѣ

убѣжденія въ ея справедливости и цѣлесообразности вообще. Этотъ взглядъ, въ общемъ соотвѣтствующій главнѣйшимъ положеніямъ доклада А. А Жижиленко, продиктованъ докладчику не политическими, а чисто юридическими соображеніями, каковыя должны, по его мнѣнію, играть въ данномъ вопросѣ рѣшающую роль. Итакъ, если, оставаясь на чисто-юридической почвѣ толкованія закона, обратиться прежде всего къ выясненію вопроса о существованіи у насъ привилегіи безотвѣтственности, то ст. 14 Учр. Г. Д., при сопоставленіи ея съ 79-ой ст. Зак. Осн., безъ сомнѣнія, приводитъ насъ къ утвердительному рѣшенію этого вопроса. Въ самомъ дѣлѣ, разсматривая ст. 14 вполнѣ объективно, нельзя не видѣть въ установленной ею для депутатовъ „полной свободѣ сужденій и мнѣній“ признанія ихъ безотвѣтственности.

Такому пониманію ст. 14 Учр. Г. Д не противорѣчитъ, далѣе, и ст. 22 того же Учрежденія, ибо если и не согласиться съ А. А. Жижиленко въ оцѣнкѣ реальнаго, практическаго значенія этой статьи, то она все же нисколько не умаляетъ принципа безотвѣтственности: вѣдь помимо такъ называемыхъ преступленій посредствомъ слова депутатъ можетъ при исполненіи обязанностей своего званія совершить и другія преступныя дѣянія, какъ подлогъ, растрата и тому подобное; эти послѣднія дѣянія и обнимаются 22-й ст. Учр. Г. Д., опредѣляющей порядокъ отвѣтственности за нихъ депутатовъ.

Догматически, такимъ образомъ, вопросъ о существованіи у насъ привилегіи безотвѣтственности можно считать, на основаніи ст. 14 Учр. Г. Д., рѣшеннымъ въ положительномъ смыслѣ. Можетъ, однако, возникнуть еще вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ понимать слова „мнѣнія и сужденія“, упомянутыя въ 14-ой ст. Учр. Г. Д., и въ зависимости отъ этого—какъ широко толковать предоставленную депутатамъ свободу. Въ этомъ отношеніи не безъинтереснымъ является для насъ примѣръ прусской конституціи, 50-го года, въ которой мы встрѣчаемъ аналогичное выраженіе; именно, въ 84-ой статьѣ этой конституціи говорится: „За подачу голоса въ Палатѣ члены ея никогда не могутъ быть привлекаемы къ отвѣтственности, за выраженныя же ими мнѣнія — лишь въ самой палатѣ на основаніи наказа“. Терминъ „мнѣніе“ („Meinung“) породилъ на практикѣ споры и разногласія относительно объема этого понятія. Судебная практика [1]), въ лицѣ оберъ-трибунала,

[1]) Rocune-Zorn „Staatsrecht der preuss. Monarchie“, изд. 5-ое § 33, стр. 371.

еще въ 1866 г., обнаружила, между прочимъ, тенденцію къ ограничительному толкованію этого понятія въ смыслѣ субъективнаго утвержденія, оцѣнки,—стремясь, такимъ образомъ, исключить изъ этого понятія всякое оглашеніе фактическихъ обстоятельствъ. Однако, позднѣйшіе комментаторы убѣдительно доказали, что толкованіе это неправильно, и что слово „мнѣніе“ закономъ употребляется въ видѣ общаго выраженія, обнимающаго также утвержденія и фактическаго свойства. Не подлежитъ сомнѣнію, что и у насъ въ ст. 14-ой Учр. Г. Д. слово „мнѣніе“ должно быть понимаемо въ томъ же широкомъ, общемъ смыслѣ.

Если, далѣе, оставаясь все въ тѣхъ же предѣлахъ чисто-юридическаго разсмотрѣнія вопроса о безотвѣтственности перейти отъ догматическаго его разрѣшенія къ общей и принципіальной его постановкѣ, то тутъ возникаетъ прежде всего основной вопросъ о томъ, насколько принципъ безотвѣтственности вытекаетъ изъ самаго характера и существа обязанностей депутатовъ, какъ членовъ парламента. Какъ на источникъ такого принципіально-юридическаго обоснованія привилегіи безотвѣтственности ссылаются на Монтескье. Къ сожалѣнію, докладчикъ напрасно искалъ въ „Духѣ законовъ“ такого обоснованія: онъ соотвѣтствующаго мѣста тамъ нигдѣ не нашелъ. Зато въ „Запискахъ объ Англіи“ Монтескье онъ встрѣтился съ другой любопытной фразой: „Англичане, (т. е. члены Палаты) уже недостойны своей свободы: они ее продали королю, и если бы они получили ее снова, то снова продали бы ее“. Далѣе, и въ конституціяхъ, провозглашающихъ принципъ безотвѣтственности депутатовъ, мы собственно не находимъ указаній на принципіальное обоснованіе этой привилегіи. Какъ бы то ни было, вопросъ о томъ, вытекаетъ ли принципъ безотвѣтственности юридически изъ самаго характера обязанностей депутата, является спорнымъ. Вслѣдствіе этого особенно важное, рѣшающее значеніе пріобрѣтаетъ въ вопросѣ о безотвѣтственности депутатовъ другое обстоятельство, а именно то, что сама по себѣ парламентская рѣчь есть юридически явленіе sui generis, притомъ настолько сложное, что оно, собственно говоря, не поддается юридической нормировкѣ въ смыслѣ опредѣленія того, что̀ въ ней допустимо и что̀ должно почитаться оскорбительнымъ и недопустимымъ. Короче — условія нормальнаго порядка парламентской жизни не поддаются опредѣленію. То, что̀ допустимо въ одной странѣ и аудиторіи, недопустимо въ другихъ. Но не только въ различныхъ странахъ и парламентахъ, въ составѣ каждаго отдѣль-

наго парламента существуютъ, въ зависимости отъ партійныхъ и иныхъ группировокъ, глубокія различія въ оцѣнкѣ словъ и выраженій депутата въ смыслѣ ихъ оскорбительности, недопустимости и т. п. Эти различія въ связи съ исключительной и своеобразной атмосферой парламентскаго засѣданія создаютъ безпредѣльную область для воздѣйствія на чувство, и предугадать заранѣе, что̀ можетъ быть сочтено, напримѣръ, за оскорбленіе, является часто невозможнымъ... Здѣсь обычныя общія опредѣленія закона непримѣнимы, регламентировать же спеціально парламентскую дѣятельность, перечислить все то, что въ ней представляется недопустимымъ и преступнымъ, законъ, понятно, не въ состояніи.

Конечно, существуетъ какая-то грань обличенія, за которой начинается уже чисто разрушительный элементъ. Но опредѣлить въ законѣ эту границу, указать болѣе или менѣе точно условія нормальнаго функціонированія парламента представляетъ непреодолимыя трудности. Во всякомъ случаѣ, onus probandi, въ силу самаго характера парламентской дѣятельности депутата и вышеуказанныхъ особенностей ея атмосферы и обстановки, лежало бы всегда на обвинителѣ: ему надлежало бы доказать, что данное „сужденіе“ или „мнѣніе“ высказано было депутатомъ именно съ цѣлью оскорбить или оклеветать, а не съ цѣлью обнаруженія истины.

Наконецъ, если стать на точку зрѣнія отвѣтственности депутатовъ во имя защиты правъ третьихъ лицъ отъ посягательствъ, откуда бы они ни исходили, то справедливость и послѣдовательность требовали бы распространенія этой защиты и на самихъ депутатовъ въ смыслѣ огражденія ихъ отъ посягательствъ со стороны ихъ сочленовъ. Едва ли, однако, такое стѣсненіе свободы парламентской рѣчи встрѣтитъ чье-либо сочувствіе.

Справедливость, впрочемъ, требуетъ отмѣтить, что въ послѣднее время въ западной литературѣ появилось теченіе, отражающее сильное недовольство и реакцію противъ безотвѣтственности депутатовъ со стороны нѣкоторыхъ представителей юридической науки и практики. Такъ, напримѣръ, статья Zimmerman'a въ „Z. f. Staatswissensch. Gesetzgebung“, озаглавленная: „охрана свободы слова противъ правъ третьихъ лицъ“, дышитъ почти отчаяніемъ. Авторъ энергично возстаетъ противъ безотвѣтственности, говоря о беззащитности гражданъ отъ посягательствъ со стороны депутатовъ. Интересъ безотвѣтственности депутатовъ есть, по его мнѣнію, не публичный, государственный интересъ, а частный интересъ самихъ депутатовъ; по поводу же энергичнаго отстаи-

ванія парламентами этой привилегіи онъ приводитъ слова Биндинга объ обычномъ отстаиваніи привилегированными лицами своихъ привилегій. Это теченіе, которое въ докладѣ А. А. Жижиленко недостаточно подчеркнуто, безъ сомнѣнія, справедливо указываетъ на отрицательную сторону привилегіи безотвѣтственности, именно возможность злоупотребленія ею со стороны депутатовъ. Докладчикъ А. А. Жижиленко въ видѣ remedium'a въ этомъ отношеніи предлагаетъ учрежденіе особой системы третейскихъ судовъ, имѣющихъ своей задачей констатированіе и оцѣнку инкриминируемаго заявленія депутата. Предложеніе это, однако, едва ли практично и цѣлесообразно. Прежде всего, уже одна подсудность депутатовъ такимъ судамъ, хотя и не влекущая за собой никакихъ уголовныхъ послѣдствій, фактически привела бы въ сущности къ тѣмъ же неудобствамъ и стѣсненіямъ парламентской свободы рѣчи, какія создаются отвѣтственностью депутатовъ за ихъ парламентскія рѣчи. Далѣе, если бы всѣ лица и по всякимъ поводамъ могли возбуждать въ третейскомъ судѣ разслѣдованіе и оцѣнку допущенныхъ депутатомъ эксцессовъ рѣчи, то суды эти вскорѣ оказались бы заваленными дѣлами и неосновательными жалобами.

Въ заключеніе баронъ *А. Ф. Мейендорфъ* выразилъ благодарность Юридическому Обществу за оказываемую имъ народнымъ представителямъ и обществу помощь разработкой вопросовъ текущей политики и законодательства; въ частности же благодаритъ сегодняшняго докладчика за обстоятельное и интересное освѣщеніе столь важнаго вопроса.

По окончаніи сообщенія барона *А. Ф. Мейендорфа* открылись пренія по докладу *А. А. Жижиленко*.

М. М. Боровитиновъ считаетъ совершенно неправильной юридическую конструкцію безотвѣтственности, данную докладчикомъ и состоящую въ признаніи неправомѣрности и въ то же время ненаказуемости преступныхъ дѣяній, совершаемыхъ депутатами посредствомъ слова. Конструкція эта, противорѣчащая правовому чувству, не оправдывается ни принципіальными юридическими соображеніями, ни догматическимъ толкованіемъ относящихся къ вопросу статей дѣйствующаго законодательства.

Съ принципіальной точки зрѣнія мы знаемъ въ уголовномъ правѣ лишь три фактора, устраняющихъ наказуемость преступнаго дѣянія, Вопервыхъ,—неподсудность, признаваемая

въ отношеніи нѣкоторыхъ субъектовъ: сюда относятся монархъ, представитель иностранной державы, напр., посланникъ и т. п.

Вовторыхъ, наказуемость устраняется въ нѣкоторыхъ категоріяхъ дѣяній вслѣдствіе коллизіи права съ обязанностью или обязанности съ обязанностью: такія коллизіи порождаются, напримѣръ, правомъ необходимой обороны, правомъ дисциплинарной власти и т. п. Оба указанныхъ фактора, очевидно, отсутствуютъ въ дѣяніи депутата: ибо правомъ неподсудности депутаты, конечно, не обладаютъ, а съ другой стороны нельзя представить себѣ, чтобы оклеветаніе, напримѣръ, кого бы то ни было—иначе говоря, сознательная ложь—вытекала изъ обязанностей депутатскаго званія. О коллизіи въ указанномъ смыслѣ здѣсь, слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи.

Наконецъ, третій факторъ, устраняющій наказуемость, заключается въ такихъ индивидуальныхъ особенностяхъ даннаго конкретнаго случая, въ виду которыхъ отъ совершившаго дѣянія нельзя было требовать обычной осмотрительности и твердости. Таковы аффектъ, сильное внѣшнее давленіе и т. д. Очевидно, что эта точка зрѣнія менѣе всего примѣнима къ дѣяніямъ депутатовъ, ибо если они—„лучшіе люди“ (а таковыми они должны быть по самой идеѣ народнаго представительства), то тѣмъ менѣе представляется въ этомъ смыслѣ основаній къ ихъ безотвѣтственности. Привилегія безотвѣтственности оказывается, такимъ образомъ, юридически необоснованною, лишенною юридическаго фундамента. Самъ докладчикъ говоритъ о необходимости компенсировать эту привилегію дисциплинарной властью парламента, но онъ упускаетъ при этомъ изъ виду, что власть карательная и дисциплинарная глубоко различны между собой по существу и преслѣдуемымъ ими задачамъ, и что поэтому одна другой замѣнить не можетъ. Докладчикъ, впрочемъ, предлагаетъ создать спеціальный уголовный кодексъ для единообразнаго примѣненія дисциплинарной власти парламента. Это собственно уже не дисциплинарная, а карательная власть: разница во всякомъ случаѣ здѣсь уже не такъ велика. Слѣдовательно, все сводится въ сущности къ недовѣрію къ суду. Но это соображеніе уже не имѣетъ принципіальнаго значенія, и если оно можетъ находить себѣ извѣстное оправданіе въ условіяхъ той или другой страны, то съ другой стороны несомнѣнно, что судъ безпристрастный въ состояніи гораздо правильнѣе и объективнѣе

обсудить заявленіе депутата, чѣмъ составленный изъ партійныхъ группировокъ парламентъ.

Также и съ догматической точки зрѣнія нельзя согласиться съ положеніями докладчика, въ частности—съ предлагаемымъ имъ толкованіемъ ст. ст. 14 и 22 Учр. Г. Д. Центръ тяжести ст. 14-й лежитъ въ признаніи необязательности для депутата какихъ бы то ни было мандатовъ. Что же касается предоставленной ею народнымъ представителямъ „полной свободы сужденій и мнѣній", то въ выраженіи этомъ несомнѣнно заключается нѣкоторый плюсъ для депутата сравнительно съ прочими гражданами, но какой? Въ намѣреніе составителей учр. Г. Д., какъ показалъ самъ докладчикъ, не входило создать привилегію безотвѣтственности, и во всякомъ случаѣ это выраженіе не означаетъ отступленія отъ общаго принципа, по которому всѣ граждане безъ изъятій подлежатъ дѣйствію уголовныхъ законовъ. Смыслъ же этого выраженія заключается въ признаніи свободы депутата отъ всякой иной отвѣтственности, кромѣ уголовной. Поэтому, напримѣръ, по отношенію къ сословнымъ собраніямъ, въ качествѣ ихъ члена, депутатъ безотвѣтственъ, и дисциплинарная власть этихъ собраній на него не распространяется. Что же касается ст. 22-й, то она, вопреки мнѣнію докладчика, имѣетъ вполнѣ реальное значеніе. По поводу же установленнаго ею порядка отвѣтственности слѣдуетъ сказать, что критика этого порядка со стороны докладчика нѣсколько преждевременна: конечно, она оправдалась бы въ томъ случаѣ, если бы верховный уголовный судъ оказался пристрастнымъ и доступнымъ административному давленію. Пока же это не установлено, такое недовѣріе представляется необоснованнымъ.

О. О. Грузенбергъ полагаетъ, что если разсматривать безотвѣтственность депутатовъ лишь съ точки зрѣнія создаваемой ею для депутатовъ привилегіи, то, конечно, послѣдняя сама по себѣ,—какъ всякая вообще привилегія въ области уголовнаго кодекса—должна быть признана явленіемъ нежелательнымъ и ненормальнымъ. Но эта точка зрѣнія явно—односторонняя и ошибочна. Вопросъ о безотвѣтственности долженъ быть поставленъ гораздо шире, глубже; именно, нужно спросить себя: существуютъ ли вообще въ государствѣ такіе интересы, которые превалируютъ надъ всѣми остальными? и, далѣе,—если такіе интересы существуютъ (а въ этомъ не можетъ быть

сомнѣній), то не требуютъ ли они, чтобы депутатъ, критикуя и разрушая старый законъ,—иначе говоря, осуществляя ту дѣятельность, къ которой онъ призванъ въ силу обязанностей своего званія, какъ членъ парламента,—не находился подъ опасеніемъ быть самому признаннымъ нарушителемъ этого закона? На этотъ вопросъ, очевидно, можетъ быть данъ лишь утвердительный отвѣтъ, и отсюда, понятно, неизбѣженъ выводъ въ пользу безотвѣтственности депутатовъ—по крайней мѣрѣ, поскольку въ парламентскихъ рѣчахъ депутатовъ имѣютъ мѣсто нарушенія интересовъ публичныхъ, иначе говоря,—дѣянія, предусмотрѣнныя ст. ст. 128, 129, 103 и категоріей преступленій богохульства по уголовному уложенію. Относительно этой области правонарушеній представляется вполнѣ очевидной необходимость для государства жертвовать сравнительно мелкимъ интересомъ наказанія депутата за допущенное имъ правонарушеніе несравненно болѣе значительному и важному интересу правильнаго функціонированія парламента. Эти соображенія являются достаточнымъ основаніемъ для признанія безотвѣтственности депутатовъ въ области уголовно-публичныхъ дѣяній, совершенныхъ депутатомъ посредствомъ слова. При этомъ не слѣдуетъ упускать изъ виду, что создаваемый привилегіей безотвѣтственности иммунитетъ депутатовъ есть собственно иммунитетъ процессуальный, а не матеріальный, противъ котораго, главнымъ образомъ, направлены были возраженія М. М. Боровитинова: дѣло въ томъ, что и при „безотвѣтственности“ депутатовъ остается вѣдь отвѣтственность передъ самой палатой—въ порядкѣ дисциплинарномъ.

Примѣнима ли, однако, изложенная точка зрѣнія къ области нарушеній правъ частныхъ лицъ? допустима ли здѣсь безотвѣтственность и въ чемъ заключается ея основаніе? Для отвѣта на эти вопросы весьма цѣнными представляются указанія, заключающіяся въ ст. 537 (по Проекту 540) угол. ул., въ которой перечисленъ рядъ условій, устраняющихъ отвѣтственность за „разглашеніе позорящаго честь обстоятельства“: въ числѣ этихъ условій указанъ и тотъ случай, когда дѣяніе совершено лицомъ „ради государственной или общественной пользы, или въ интересахъ исполняемой имъ обязанности“. Здѣсь, какъ видимъ, имѣетъ мѣсто коллизія въ смыслѣ, указанномъ М. М. Боровитиновымъ, и ст. 537 угол. ул. допускаетъ для такихъ случаевъ изъятіе изъ общаго по-

становленія о наказуемости такихъ дѣяній. Если, такимъ образомъ, согласно уголовному уложенію, утвержденному еще при старомъ строѣ, отвѣтственность за „позорящее честь оглашеніе“ отпадаетъ при наличности приведенныхъ въ 537-ой ст. мотивовъ оглашенія, то не трудно видѣть, что при новомъ строѣ въ отношеніи народныхъ представителей, чья дѣятельность, конечно, должна всегда предполагать наличность этихъ мотивовъ, изъятіе это должно получить общее примѣненіе. Впрочемъ, и до уголовнаго уложенія наша судебная практика въ отношеніи клеветы уже проводила тотъ взглядъ, что оклеветаніе не всегда одинаково подлежитъ наказанію. Въ частности, по поводу отвѣтственности адвоката за произносимую имъ на судѣ рѣчь сенатъ въ извѣстномъ рѣшеніи по дѣлу Дорна разъяснилъ, что добросовѣстный мотивъ заявленій адвоката на судѣ предполагается въ силу самаго характера его профессіональныхъ обязанностей, и что поэтому для обвиненія его въ оклеветаніи кого-либо при исполненіи имъ этихъ обязанностей необходимо установить завѣдомую ложность или недобросовѣстность оглашенія. Итакъ, если въ отношеніи адвокатовъ въ ихъ профессіональной дѣятельности судебная практика уже давно исходила изъ презумпціи добросовѣстности оглашенія, то въ отношеніи народныхъ представителей въ ихъ парламентской дѣятельности презумпція эта, очевидно, должна получить значеніе общаго, безусловнаго принципа въ смыслѣ признанія полной безотвѣтственности ихъ за произносимыя ими въ парламентѣ рѣчи и сужденія. Остаются, слѣдовательно, лишь исключительные случаи явнаго обращенія парламентскаго слова въ орудіе личной мести. Какъ оградить въ этихъ случаяхъ интересы и доброе имя частныхъ лицъ? Докладчикъ А. А. Жижиленко предлагаетъ учредить особую систему третейскихъ судовъ, имѣющихъ цѣлью констатированіе и оцѣнку позорящаго оглашенія. Но съ этимъ предложеніемъ едва ли можно согласиться: съ одной стороны, такіе суды, хоть и не обладая правомъ наказанія, все же фактически значительно стѣснили бы свободу парламентской рѣчи, умаляя значеніе безотвѣтственности депутатовъ; съ другой же стороны суды эти весьма часто оказывались бы не въ состояніи выполнить поставленныя ими себѣ задачи, вслѣдствіе отсутствія въ ихъ распоряженіи тѣхъ процессуальныхъ средствъ, какими располагаетъ лишь коронный судъ и какія при усло-

віяхъ современнаго процесса нерѣдко оказываются совершенно необходимыми для выясненія истины. Болѣе цѣлесообразнымъ поэтому представляется слѣдующій исходъ. Въ случаѣ позорящаго оглашенія или оклеветанія кого-либо въ парламентѣ со стороны депутата, пострадавшее лицо предлагаетъ депутату сказанное имъ въ парламентѣ напечатать или повторить въ присутствіи свидѣтелей внѣ парламентскаго засѣданія для предоставленія ему такимъ путемъ возможности судебнаго преслѣдованія: отказъ депутата отъ исполненія такого требованія означалъ бы въ большинствѣ случаевъ моральное пораженіе депутата, и въ результатѣ пострадавшее лицо фактически получало бы возможность реабилитировать себя въ общественномъ мнѣніи.

Въ заключеніе О. О. Грузенбергъ указалъ, что баронъ А. Ф. Мейендорфъ неправъ, умаляя значеніе политической стороны вопроса о безотвѣтственности депутатовъ: вѣдь законъ нашъ въ этой области, безспорно, страдаетъ неопредѣленностью и недоговоренностью: приходится поэтому начало безотвѣтственности конструировать и подкрѣплять преимущественно общими, принципіальными соображеніями. При такихъ условіяхъ игнорировать важность политическаго момента въ вопросѣ о безотвѣтственности представляется невозможнымъ.

Г. Б. Сліозбергъ, присоединяясь къ основнымъ положеніямъ доклада, считаетъ необходимымъ болѣе рѣшительно и послѣдовательно обосновать общее начало безотвѣтственности. Сущность данной привилегіи заключается не въ безнаказанности, какъ это думаетъ докладчикъ и какъ можно заключить изъ неудачнаго термина „безотвѣтственность“: въ самомъ дѣлѣ, вѣдь если дѣяніе признается неправомѣрнымъ, преступнымъ, то отвѣтственности за него долженъ подлежать въ уголовномъ порядкѣ всякій совершившій его безъ изъятій. Но дѣло въ томъ, что тутъ нѣтъ преступленія, нѣтъ неправомѣрнаго дѣянія. И это положеніе вытекаетъ не только изъ государственнаго принципа, являющагося необходимымъ критеріемъ оцѣнки парламентской дѣятельности депутата: оно представляется очевиднымъ и съ болѣе узкой точки зрѣнія криминалиста, ибо нельзя не видѣть, что мѣсто и обстановка произнесенія депутатомъ пламенной рѣчи исключаютъ вообще возможность совершенія преступленія посредствомъ слова. Что же касается такъ называемой дисциплинарной власти парламента въ отно-

шеніи своихъ членовъ, то необходимо замѣтить, что и въ данномъ случаѣ терминъ „дисциплинарная власть“ является неточнымъ и не соотвѣтствуетъ характеру обозначаемой имъ власти предсѣдателя парламента. Въ самомъ дѣлѣ, дисциплинарная власть отличается отъ карательной собственно не мѣрою власти, а различіемъ примѣняющихъ ее субъектовъ: она характеризуется отношеніемъ начальства и подчиненныхъ, заключая въ себѣ элементъ воспитательный. Но предсѣдатель парламента, какъ и предсѣдатель суда, конечно, не есть „начальство“, воспитывающее „подчиненныхъ“ ему депутатовъ. Власть предсѣдателя состоитъ собственно изъ двухъ элементовъ: изъ мѣръ предупрежденія и власти карательной. Но кромѣ этого, власть предсѣдателя имѣетъ еще и другое весьма важное значеніе: предсѣдатель является суверенным экспертомъ и единственнымъ судьей словъ, произнесенныхъ депутатомъ; его властью, слѣдовательно, устраняется возможность какой бы то ни было иной, посторонней экспертизы и оцѣнки заявленій депутата. Это—praesumptio juris et de jure, и необходимость такого положенія обусловливается вовсе не недовѣріемъ къ суду, какъ неправильно говорилъ М. М. Боровитиновъ: необходимость эта просто вытекаетъ изъ того очевиднаго факта, что судъ, стоя на единственно возможной и обязательной для него точкѣ зрѣнія закона, не въ состояніи правильно оцѣнить слова депутата, т. е. прежде всего уяснить себѣ ихъ политическій смыслъ и значеніе—область для него совершенно чуждую. Привилегія безотвѣтственности, такимъ образомъ, заключается не въ безнаказанности, какъ думаетъ докладчикъ, а въ устраненіи самаго понятія преступности, иначе говоря—въ признаніи непреступности того, что происходитъ въ парламентѣ. Практически же смыслъ привилегіи сводится къ слѣдующему: если предсѣдатель тѣми или иными мѣрами реагировалъ на заявленія депутата, то послѣдній не можетъ быть уже вторично подвергнутъ наказанію по суду; если же предсѣдатель этого не сдѣлалъ, то никакой другой экспертъ уже не вправѣ квалифицировать произнесенныя депутатомъ слова, какъ преступныя.

Итакъ, мы видимъ, что неприступность парламентскихъ рѣчей депутатовъ съ точки зрѣнія суда, а слѣдовательно, и ненаказуемость ихъ вытекаетъ какъ изъ обстановки, такъ и изъ самаго характера парламентской дѣятельности народнаго

представителя и изъ установленной закономъ власти предсѣдателя. Нѣтъ поэтому необходимости выводить безотвѣтственность депутатовъ изъ ст. 14-ой Учр. Г. Д. при помощи весьма тонкаго, но отчасти все же проблематичнаго толкованія.

Конечно и при изложенномъ принципіальномъ обоснованіи привилегіи безотвѣтственности, все же не устраняется вопросъ о томъ, какъ оградить интересы невинно пострадавшаго отъ заявленій депутата. Выходъ, предложенный О. О. Грузенбергомъ и заключающійся въ предложеніи депутату повторить свое заявленіе внѣ парламента, едва ли практиченъ и цѣлесообразенъ: вѣдь это для оскорбленнаго значитъ подвести себя подъ второй ударъ. Дѣло однако въ томъ, что хотя самый фактъ несправедливаго нарушенія депутатомъ интересовъ частныхъ лицъ въ парламентѣ вполнѣ возможенъ, но обстановка, въ которой происходитъ такое нарушеніе, заключаетъ въ себѣ и возможность защиты этихъ нарушенныхъ интересовъ: вѣдь при партійномъ строѣ и механизмѣ парламентской дѣятельности другая партія можетъ всегда потребовать отъ депутата, нарушившаго интересы частнаго лица, доказательствъ его утвержденій. Во всякомъ случаѣ, условія и характеръ функціонированія парламента создаютъ такую обстановку, въ которой нарушенные интересы частнаго лица могутъ найти себѣ и защиту.

Въ виду того, что предстояло высказаться еще нѣкоторымъ оппонентамъ, окончаніе преній, за позднимъ временемъ, было по предложенію предсѣдателя отложено на слѣдующее засѣданіе, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія уголовнаго отдѣленія

21 марта 1909 года.

Засѣданіе было открыто въ $8^1/_2$ час. вечера.

Въ засѣданіи продолжались пренія по прочитаннымъ въ предыдущемъ засѣданіи (14-го марта) докладу *А. А. Жижиленко* и сообщенію *барона А. Ф. Мейендорфа* на тему „О безотвѣтственности народныхъ представителей“.

П. И. Люблинскій полагаетъ, что самый принципъ без-

отвѣтственности народныхъ представителей за произносимыя ими въ парламентѣ рѣчи и сужденія едва ли можетъ быть оспариваемъ, какъ съ точки зрѣнія догматической, такъ и съ точки зрѣнія политики права и законодательства. Весь вопросъ сводится къ тому, насколько исключаются изъ этого общаго понятія безотвѣтственности тѣ или иныя категоріи дѣяній, совершенныхъ депутатомъ посредствомъ слова. Нельзя согласиться съ мнѣніемъ М. М. Боровитинова, отрицающаго вообще наличность юридическихъ основаній для признанія безотвѣтственности депутатовъ за парламентскія рѣчи и сужденія. М. М. Боровитиновъ указываетъ, что въ уголовномъ кодексѣ не говорится о томъ, что рѣчи, произносимыя депутатомъ, пользуются привилегіей безотвѣтственности. Но приведенный имъ перечень случаевъ устраненія противоправности или наказуемости отнюдь не является исчерпывающимъ. Уголовное уложеніе помѣстило лишь нѣкоторыя категоріи такихъ случаевъ. Во всякомъ случаѣ изъ отсутствія въ нашемъ уголовномъ кодексѣ спеціальнаго постановленія, корреспондирующаго съ ст. 14 Учр. Г. Д. и подтверждающаго въ отрицательной формѣ выраженный въ ней принципъ „полной свободы сужденій и мнѣній“, никакъ нельзя дѣлать, подобно М. М. Боровитинову, вывода объ отсутствіи у насъ начала безотвѣтственности: вѣдь уголовное уложеніе не могло имѣть въ виду этого конституціоннаго принципа, ибо не было и самой конституціи. Въ виду этого соображенія не имѣетъ значенія и сопоставленіе нашего законодательства съ другими законодательствами, содержащими въ своихъ уголовныхъ кодексахъ соотвѣтствующее спеціальное постановленіе. Такимъ образомъ отсутствіе въ нашемъ уголовномъ кодексѣ такого постановленія само по себѣ еще не свидѣтельствуетъ объ отрицаніи нашимъ законодательствомъ принципа безотвѣтственности депутатовъ за произносимыя въ парламентѣ рѣчи и сужденія. Остается, слѣдовательно, разрѣшить вопросъ о томъ, какому закону нужно отдать предпочтеніе: конституціонному или доконституціонному? Очевидно, что вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ въ смыслѣ предпочтенія новыхъ законовъ старымъ.

Итакъ, несмотря на отсутствіе въ нашемъ уголовномъ кодексѣ соотвѣтствующаго спеціальнаго постановленія, никакой судъ не можетъ, въ виду ст. 14 Учр. Г. Д., судить депутата за выраженныя имъ въ парламентѣ сужденія и мнѣнія. Во-

просъ, слѣдовательно, сводится лишь къ тому, каковъ долженъ быть объемъ этой безотвѣтственности, иначе говоря—допускаетъ ли она изъятія и какія именно? Не подлежитъ сомнѣнію, что понятіе безотвѣтственности охватываетъ и должно охватывать всѣ, такъ называемыя, политическія преступленія; но можно ли утверждать то же самое относительно уголовныхъ дѣяній въ тѣсномъ смыслѣ, совершенныхъ депутатомъ посредствомъ слова? Здѣсь приходится проводить различіе между уголовно-публичными и уголовно-частными дѣяніями, и, быть можетъ, распространеніе безотвѣтственности на послѣднюю категорію, т. е. на уголовно-частныя дѣянія, слѣдуетъ признать нецѣлесообразнымъ. Съ одной стороны, оно порождаетъ весьма серьезныя неудобства и опасности для самихъ депутатовъ въ видѣ, напримѣръ, парламентскихъ дуэлей, рѣзкихъ обвиненій, полемики и т. п. Съ другой стороны, какъ разъ въ области уголовно-частныхъ дѣяній дисциплинарное воздѣйствіе парламента, могущее въ извѣстной мѣрѣ служить компенсаціей безотвѣтственности, на практикѣ гораздо менѣе осуществимо вслѣдствіе крайней трудности, а иногда и невозможности для предсѣдателя своевременно замѣтить всѣ нарушенія правъ частныхъ лицъ, заключающіяся въ отдѣльныхъ словахъ и выраженіяхъ депутата. Между прочимъ, примѣръ Англіи показываетъ намъ, какъ даже самыя либеральныя законодательства серьезно считаются съ возможностью злоупотребленій иммунитетомъ со стороны депутатовъ въ смыслѣ нарушеній правъ частныхъ лицъ. Самая привилегія безотвѣтственности въ Англіи явилась собственно результатомъ весьма широкаго развитія дисциплинарной власти парламента. Такъ, Англійскій парламентъ до сихъ поръ пользуется правомъ налагать на своихъ членовъ штрафы и заключать ихъ въ тюрьму на срокъ, однако, не дольше конца сессіи. Въ XVII вѣкѣ были случаи, когда, по предписанію парламента, отдѣльные члены выставлялись къ позорному столбу. Понятно, что являясь судомъ, обладавшимъ весьма значительной властью, парламентъ не допускалъ другой юрисдикціи надъ своими сочленами, кромѣ своей. Вся привилегія безотвѣтственности носитъ до сихъ поръ мѣстный характеръ. Не дозволяется даже осуществленіе отдѣльныхъ судебныхъ дѣйствій въ стѣнахъ парламента. Даже врученіе констеблемъ повѣстки суда депутату въ парламентѣ разсматривалось какъ нарушеніе прерогативъ

парламента. Карая депутатовъ за клевету дисциплинарными мѣрами, парламентъ терпѣлъ, однако, привлеченіе своихъ членовъ къ общимъ судамъ за клевету, если парламентскія рѣчи выходили за стѣны его благодаря дѣятельности самого депутата. Депутатъ, опубликовавшій въ Times свою рѣчь въ точномъ изложеніи, можетъ быть привлеченъ за libel всякимъ частнымъ лицомъ, которое увидитъ въ ней себя оскорбленнымъ. Даже парламентскіе отчеты до 1840 года не пользовались безотвѣтственностью. И теперь эта безотвѣтственность не является полной. Достаточно, напримѣръ, доказать, что редакторъ имѣлъ злой умыселъ противъ какого-либо лица и напечаталъ то, что спеціально противъ него говорилось въ парламентѣ, и отвѣтственность можетъ наступить. О новыхъ теченіяхъ среди германскихъ юристовъ, проникнутыхъ стремленіемъ къ ограниченію безотвѣтственности, говорили уже оба докладчика. Вообще, слѣдуетъ замѣтить, что во всѣхъ случаяхъ, когда говорятъ о необходимости изъятій изъ принципа безотвѣтственности въ смыслѣ огражденія чести частныхъ лицъ, вовсе не имѣется въ виду колебать силу депутатской безотвѣтственности.

Обращаясь къ положенію этого вопроса въ нашемъ законодательствѣ, приходится въ области уголовно-частныхъ дѣяній, въ свою очередь, различать диффамацію отъ клеветы. Именно, въ отношеніи первой изъ нихъ, какъ это было указано О. О. Грузенбергомъ, ст. 537 угол. ул. въ сущности устраняетъ наказуемость дѣяній этого рода. Вопросъ, слѣдовательно, суживается до клеветы. И такъ какъ въ уголовныхъ законахъ мы не находимъ никакихъ особыхъ опредѣленій объ отвѣтственности депутатовъ за клевету, то рѣшеніе этого вопроса зависитъ, конечно, отъ того, какъ широко мы будемъ толковать предоставленную депутатамъ ст. 14 Учр. Г. Д. „полную свободу сужденій и мнѣній“. По этому поводу слѣдуетъ замѣтить, что ст. 14 должна быть разсматриваема, какъ расширеніе публичныхъ субъективныхъ правъ депутатовъ, причемъ государственная власть въ этомъ случаѣ представляется субъектомъ обязаннымъ, а депутаты—субъектомъ управомоченнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, понятіе „свободы“ есть понятіе публичнаго права. Признаніе „свободы“ значитъ только признаніе отсутствія стѣсненій со стороны государственной власти, но неполной безотвѣтственности за посягательства на интересы ча-

стныхъ лицъ. Такъ, напримѣръ, признаніе „свободы печати“ не освобождаетъ отъ отвѣтственности за клевету путемъ печати, за контрафакцію, плагіатъ. Понятіе „свободы передвиженія“ не исключаетъ отвѣтственности за самовольное вторженіе въ жилище, имѣніе и пр. другого лица. „Свобода сужденій и мнѣній“ точно также не означаетъ полной возможности посягать на честь другихъ лицъ. Почему честь частныхъ лицъ должна пользоваться меньшей защитой, чѣмъ ихъ здоровье, свобода или имущество? Мы не утверждаемъ того, что изъятіе клеветы имѣлось въ виду законодателемъ, но думаемъ, что препятствій къ установленію такого изъятія изъ иммунитета на практикѣ не имѣется, если бы Государственная Дума пожелала установить прецедентъ въ этой области.

Если это такъ, то возникаетъ вопросъ о томъ, въ какомъ порядкѣ депутатъ можетъ быть преслѣдуемъ за клевету, т. е. примѣнима ли въ этомъ случаѣ ст. 22 Учр. Г. Д.? По поводу общаго смысла этой статьи слѣдуетъ замѣтить, что докладчикъ идетъ слишкомъ далеко, придавая ей чисто отвлеченное значеніе. Болѣе правильно мнѣніе барона А. Ф. Мейендорфа, относящаго сюда такія преступленія, какъ подлогъ, растрату и пр., учиненныя депутатомъ при исполненіи обязанностей, но не посредствомъ слова. Положеніе депутата въ этомъ случаѣ аналогично съ положеніемъ присяжнаго засѣдателя, который, не будучи, разумѣется, отвѣтственъ за высказанныя имъ въ совѣщательной комнатѣ сужденія и мнѣнія, тѣмъ не менѣе, какъ это и разъяснилъ правительствующій сенатъ, можетъ совершить иныя преступленія при исполненіи своихъ обязанностей. Если таковъ смыслъ ст. 22-й, то примѣнима ли она къ клеветѣ, подлежащей, какъ мы видѣли, изъятію изъ сферы безотвѣтственности депутатовъ? Слѣдуетъ думать, что нѣтъ, ибо, какъ уголовно-частное преступленіе, клевета, на общемъ основаніи, должна быть подсудна общимъ судамъ, и нѣтъ основанія относить ее къ юрисдикціи верховнаго уголовнаго суда. Произнесеніе рѣчи не можетъ быть разсматриваемо, какъ „исполненіе обязанностей“, это свободное право депутата, и осуществляя его ко вреду частныхъ лицъ, онъ отвѣтственъ, какъ и всякое другое частное лицо.

Въ заключеніе слѣдуетъ указать на ту важность, которую, въ виду неяснаго и неопредѣленнаго положенія вопроса въ нашемъ законодательствѣ, пріобрѣтаютъ съ одной стороны

прецеденты, а съ другой стороны энергичное отстаиваніе самимъ законодательнымъ учрежденіемъ правъ своихъ членовъ. Въ этомъ отношеніи молодое народное представительство, еще не успѣвшее выработать опредѣленныхъ и твердыхъ традицій, находится, конечно, въ гораздо менѣе выгодномъ положеніи сравнительно со старымъ учрежденіемъ, какъ, напримѣръ, англійскій парламентъ. Такъ, послѣднему удалось путемъ долгой борьбы надежно бронировать свою прерогативу. Тамъ ни одинъ изъ членовъ парламента не вправѣ показывать передъ судомъ о томъ, что происходило въ парламентѣ и называть имена говорившихъ депутатовъ (кромѣ имени спикера). Ни одинъ судъ не вправѣ принять къ своему разсмотрѣнію дѣло о преступномъ дѣяніи, учиненномъ депутатомъ путемъ рѣчи. Ни одинъ органъ исполнительной власти не вправѣ произвести арестъ депутата по поводу такого обвиненія. Такимъ путемъ создается практическая невозможность осуществить преслѣдованіе. У насъ пока такой брони нѣтъ, народное представительство не ограждено даже уголовными законами, и потому только отъ единодушія и энергіи народнаго представительства будетъ зависѣть то, въ какомъ направленіи рѣшится вопросъ объ этой его прерогативѣ.

І. В. Гессенъ считаетъ обычные пріемы толкованія непримѣнимыми къ нашему законодательству вообще и къ нашимъ „основнымъ законамъ“ въ частности. Вѣдь юридическая герменевтика предполагаетъ, вообще говоря, разумность закона и возможна лишь при извѣстномъ уровнѣ законодательства, т. е. при извѣстной его стройности и единствѣ. Но развѣ мыслимо при томъ запутанномъ состояніи, въ какомъ находится наше законодательство, сгладить его противорѣчія путемъ герменевтики? Развѣ мы не видимъ, какъ часто самъ сенатъ безпомощенъ въ своихъ попыткахъ примирить непримиримое и какъ вслѣдствіе этого многіе законы остаются на бумагѣ, не будучи проведены въ жизнь? Бюрократія до сихъ поръ въ своемъ законодательномъ творчествѣ всегда отправлялась отъ „примѣрнаго дѣла“, въ данной же области, т. е. въ вопросахъ, касающихся народнаго представительства, ей пришлось столкнуться съ дѣломъ „безпримѣрнымъ“... Неудивительно, что указанныя обычныя черты бюрократическаго творчества—запутанность, казуистичность и противорѣчія—проявились именно въ данной области съ особенной силой и рельефностью. Во-

просъ о безотвѣтственности народныхъ представителей далеко не единственный, оставленный творцами нашихъ основныхъ законовъ въ состояніи безнадежной запутанности и неопредѣленности,—его судьбу въ неменьшей степени раздѣляютъ и другіе весьма важные вопросы конституціоннаго права, какъ, напримѣръ, вопросы о неприкосновенности депутатовъ, о сессіи,—всѣ они находятся въ одинаково плачевномъ состояніи неустранимой неясности и безвыходныхъ противорѣчій. Что же касается вопроса о безотвѣтственности, то тутъ, повидимому, бюрократія ясно понимала одно,—что дѣло идетъ о самоограниченіи власти; и вотъ, вводя ст. 14 въ учр. гос. думы, она въ то же время, на подобіе лисицы въ баснѣ Крылова оставила себѣ лазейку въ видѣ 22-й ст. того же учр. Примирить эти статьи представляется задачей неосуществимой. Здѣсь было предложено три попытки такого примиренія. Докладчикъ и баронъ А. Ф. Мейендорфъ отправляются отъ ст. 14, какъ основной, придавая ст. 22 лишь подчиненное значеніе. М. М. Боровитиновъ, напротивъ, придаетъ рѣшающее значеніе именно 22-й ст. Наконецъ, П. И. Люблинскій избралъ средній путь—компромиссъ между двумя противоположными точками зрѣнія, не настаивая, впрочемъ, самъ на соотвѣтствіи своего толкованія съ намѣреніями законодателя. Въ дѣйствительности, однако, ни одна изъ этихъ попытокъ не можетъ претендовать на удовлетворительное разрѣшеніе противорѣчія между этими статьями, построенными на противоположныхъ принципахъ. И когда видишь столь старательныя попытки примирить не примиримое, то вспоминаешь о тѣхъ авгурахъ, которые, сами плохо вѣря въ то, что они дѣлаютъ, избѣгаютъ смотрѣть другъ на друга, чтобы не выдать себя невольной улыбкой. Если же съ почвы безплодной юридической герминевтики перевести вопросъ о безотвѣтственности на принципіальную политическую почву, то нельзя не признать, что взглядъ М. М. Боровитинова вполнѣ отвѣчаетъ нашимъ условіямъ, нашей дѣйствительности. Конечно, въ отношеніи западныхъ конституцій спорить противъ принципа безотвѣтственности значитъ стучаться въ глухую стѣну; но тамъ безотвѣтственность, какъ показалъ самъ докладчикъ, явилась результатомъ продолжительной борьбы и въ настоящее время настолько упрочилась въ общемъ сознаніи, что западныя законодательства уже въ состояніи позволить себѣ такую роскошь, какъ защищаемое

П. И. Люблинскимъ изъятіе уголовныхъ частныхъ дѣяній изъ сферы безотвѣтственности. Совсѣмъ не то у насъ, гдѣ отсутствуютъ элементарныя общія условія, составляющія необходимую предпосылку безотвѣтственности: вѣдь послѣдняя несомнѣнно предполагаетъ наличность правового порядка, при которомъ „столкновеніе мнѣній“ вообще представляется не чѣмъ то опаснымъ и разрушительнымъ, а, напротивъ, необходимымъ средствомъ нормальнаго развитія. Но когда во всей странѣ господствуетъ могильная тишина, и парламентская трибуна возвышается, какъ единственный оазисъ среди пустыни, то безотвѣтственность депутатовъ является дѣйствительно какимъ-то рѣзкимъ диссонансомъ, нарушающимъ общій фонъ всего окружающаго. Неудивительно поэтому, что въ первомъ департаментѣ государственнаго совѣта при рѣшеніи дѣла Шрага вопросъ о безотвѣтственности народныхъ представителей даже и не возникъ: 1-й департаментъ просто призналъ его несуществующимъ. Такое приспособленіе, впрочемъ, новыхъ законовъ къ старымъ, вмѣсто обратнаго процесса, отнюдь не составляетъ у насъ чего-либо новаго: такая же судьба постигла, напримѣръ, уставы 1864 года.

Все это приводитъ насъ къ тому заключенію, что признавая привилегію безотвѣтственности необходимымъ условіемъ нормальнаго функціонированія народнаго представительства, нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ отрицать, что принципъ безотвѣтственности совершенно не соотвѣтствуетъ условіямъ настоящаго политическаго момента, находясь съ нимъ въ рѣзкомъ, непримиримомъ противорѣчіи.

М. Я. Острогорскій полагаетъ, что политическая сторона вопроса о безотвѣтственности, при всемъ ея значеніи, едва ли нуждается въ разъясненіи, такъ какъ представляется довольно аксіоматичной. Не такова юридическая сторона, требующая анализа. Такъ, прежде всего, съ юридической точки зрѣнія терминъ „привилегія“ не соотвѣтствуетъ существу даннаго понятія. Слово „привилегія“ имѣетъ въ настоящее время лишь историческій, такъ сказать, антикварный смыслъ, напоминая о той борьбѣ съ короной, изъ которой развилась безотвѣтственность депутатовъ. И теперь еще въ Англіи каждый разъ спикеръ обращается къ королю съ предложеніемъ подтвердить привилегіи парламента: свободу отъ ареста, свободу слова. Но это, разумѣется,—лишь въ церемоніальномъ, въ антикварномъ

смыслѣ. По существу мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ привилегіей депутатовъ, а *съ прерогативой парламента*. Это сразу устраняетъ нѣкоторую шаткость позиціи въ вопросѣ о безотвѣтственности, это создаетъ для послѣдней солидную базу. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь публичное право знаетъ еще прерогативы, напримѣръ, прерогативу судьи и притомъ—не только судьи въ тѣсномъ смыслѣ, но—и государственнаго обвинителя, а въ культурныхъ странахъ—и адвоката, и даже свидѣтеля при дачѣ показаній. Нужно ли доказывать, что такая же прерогатива должна быть признана и за парламентомъ? Таково юридическое обоснованіе безотвѣтственности. Что же касается возраженій, обычно приводимыхъ противъ безотвѣтственности и сводящихся къ указаніямъ на „нарушенія правъ третьихъ лицъ“ (объ этихъ „нарушеніяхъ“ много говорилось и здѣсь), то при этомъ обыкновенно недостаточно принимается во вниманіе характеръ функціонированія парламента. Говоря о „третьихъ лицахъ“, необходимо прежде всего различать двѣ категоріи ихъ. Во-первыхъ—агенты правительства. Что касается этой категоріи „третьихъ лицъ“, то очевидно, что предоставить агентамъ правительства право преслѣдовать депутатовъ за клевету значило бы извратить весь представительный строй, ибо этимъ была бы въ корнѣ парализована функція контроля. Но, далѣе, это неизбѣжно привело бы и къ фактическому упраздненію отвѣтственности министровъ, и все функціонированіе представительнаго строя при такихъ условіяхъ свелось бы къ нулю. Наконецъ, нельзя упускать изъ виду, что собственно о „беззащитности“ агентовъ правительства едва ли можетъ быть вообще рѣчь, такъ какъ они имѣютъ весьма дѣятельныхъ и усердныхъ защитниковъ передъ парламентомъ въ лицѣ министровъ. Остается другая категорія „третьихъ лицъ“—частныя лица въ собственномъ смыслѣ. Относительно этой категоріи „третьихъ лицъ“ слѣдуетъ прежде всего имѣть въ виду, что случаи нарушенія депутатами правъ такихъ частныхъ лицъ составляютъ вообще весьма рѣдкое, исключительное явленіе. Конечно, это обстоятельство само по себѣ еще не исключаетъ необходимости огражденія этихъ лицъ отъ возможности посягательствъ на ихъ права со стороны депутатовъ. Дѣло, однако, въ томъ, что частные интересы суть двоякаго рода: низшаго и высшаго порядка; и если первые требуютъ огражденія частныхъ лицъ отъ возможности нарушенія депутатами ихъ правъ,

то послѣдніе безусловно требуютъ свободы депутата отъ всякаго судебнаго преслѣдованія за выраженныя имъ въ парламентѣ сужденія и мнѣнія. При такомъ непримиримомъ противорѣчіи двоякаго рода интересовъ „частныхъ лицъ“ вопросъ о безотвѣтственности, очевидно, долженъ быть рѣшенъ въ соотвѣтствіи съ тѣми интересами, которые съ точки зрѣнія тѣхъ же частныхъ лицъ представляются, вообще говоря, болѣе важными и существенными: таковъ, безъ сомнѣнія, интересъ безпрепятственнаго, свободнаго отъ всякаго внѣшняго давленія, функціонированія парламента. Ради него, слѣдовательно, приходится жертвовать болѣе мелкимъ, низшимъ интересомъ огражденія частныхъ лицъ отъ возможности злоупотребленій иммунитетомъ со стороны депутатовъ.

Какъ видимъ, дѣло тутъ вовсе не въ недовѣріи къ суду, какъ неправильно полагаетъ М. М. Боровитиновъ: съ такимъ же основаніемъ можно было бы по поводу свободы депутата отъ административнаго воздѣйствія говорить о недовѣріи къ администаціи. Очевидно, что не недовѣріемъ обусловливается необходимость этихъ „свободъ“ для депутата: онѣ диктуются общей конституціонной точкой зрѣнія, онѣ вытекаютъ изъ принципа раздѣленія властей. Такъ, судъ не можетъ входить въ оцѣнку характера и обстановки функціонированія парламента, а, слѣдовательно,—и отдѣльныхъ рѣчей и выраженій депутатовъ. Поэтому нельзя не отнестись скептически къ защищаемому П. И. Люблинскимъ изъятію уголовно-частныхъ дѣяній изъ понятія безотвѣтственности. Примѣры, приведенные П. И. Люблинскимъ изъ практики англійскаго парламента, представляются неубѣдительными и даже не относящимися къ дѣлу вслѣдствіе коренного различія въ условіяхъ функціонированія англійскаго парламента прежде и теперь. Именно, до половины 19-го вѣка въ англійскомъ парламентѣ не было гласности, что дѣлало положеніе оклеветаннаго частнаго лица крайне тяжелымъ вслѣдствіе невозможности оправдаться. Естественно, что при такихъ условіяхъ парламентъ для огражденія правъ частныхъ лицъ долженъ былъ прибѣгать къ суровымъ дисциплинарнымъ мѣрамъ. Что же касается ссылки П. И. Люблинскаго на неполное огражденіе отчетовъ парламентскихъ засѣданій отъ преслѣдованія за клевету, то имъ, повидимому, упущено изъ виду, что въ Англіи нѣтъ оффиціальныхъ отчетовъ. Въ другихъ странахъ, какъ и у насъ, отчеты провѣ-

ряются президентомъ парламента. Въ Англіи же этого нѣтъ, и потому безотвѣтственность парламентскихъ отчетовъ не является абсолютной. Въ Америкѣ же—и въ конгрессѣ Соединенныхъ Штатовъ, и въ законодательныхъ собраніяхъ всѣхъ штатовъ безотвѣтственность—полная, такъ какъ имѣются оффиціальные парламентскіе отчеты.

По вопросу о взаимоотношеніи между ст. 14 и 22 Учр. Г. Д., слѣдуетъ замѣтить, что ст. 14 говоритъ только о рѣчахъ депутатовъ, а ст. 22 говоритъ объ ихъ дѣйствіяхъ. Статьи эти, слѣдовательно, между собою не соприкасаются и потому никакого противорѣчія въ дѣйствительности между ними нѣтъ. Неправильно, далѣе, говорилось здѣсь о томъ, что смыслъ ст. 14 заключается будто въ воспрещеніи императивныхъ мандатовъ депутатамъ. Императивные мандаты, какъ и такъ называемые „бланки отставокъ", не имѣютъ никакого юридическаго значенія,—слѣдовательно и постановленіе о нихъ лишено юридическаго смысла. Поэтому единственное юридическое значеніе ст. 14 заключается въ постановленіи о „свободѣ мнѣній и сужденій" депутатовъ.

Р. Л. Вейсманъ отмѣчаетъ, что даже персидская конституція (ст.ст. 12 и 13 Меджилиса) усвоила начало безотвѣтственности депутатовъ за выраженныя ими въ парламентѣ сужденія. Юридическое основаніе безотвѣтственности депутатовъ представляется вполнѣ яснымъ и очевиднымъ: она базируется на томъ же конституціонномъ принципѣ, изъ котораго выводится и безотвѣтственность монарха. Именно, конституціонный принципъ гласитъ: „Монархъ не можетъ ошибаться, но можетъ нарушить законъ". Эта же презумція распространяется и на народныхъ представителей въ предѣлахъ ихъ парламентской дѣятельности. Подобно тому, какъ безотвѣтственность монарха необходимо вытекаетъ изъ занимаемаго имъ положенія—изъ самой идеи института, какъ живого олицетворенія лучшихъ сторонъ государственной и народной жизни, такъ и безотвѣтственность депутатовъ безусловно диктуется самимъ характеромъ ихъ полномочій, существомъ ихъ высокихъ обязанностей. Конечно, возможны отдѣльные случаи злоупотребленій иммунитетомъ со стороны депутатовъ, въ частности, напримѣръ,—въ формѣ клеветы. Но развѣ эта возможность для депутатовъ злоупотреблять иммунитетомъ, какъ и вся привилегія ихъ безотвѣтственности, не ничтожны въ

сравненіи съ той исключительной „привилегіей“,—той властью, какой надѣлены депутаты:—разрушать старые законы и создавать на ихъ мѣсто новые, иными словами—измѣнять и направлять всю жизнь государства? Итакъ, — можно ли вообще говорить о „беззащитности частныхъ лицъ“ передъ тѣми людьми, которымъ ввѣряется руководство всей жизнью страны? Но и помимо этихъ принципіальныхъ соображеній слѣдуетъ замѣтить, что если предоставить каждому частному лицу право преслѣдовать депутата судомъ за клевету, оскорбленіе и т. д., то депутаты безпрерывно привлекались бы къ отвѣтственности лицами, которыя почему-либо сочли себя оскорбленными рѣчью депутата въ своихъ религіозныхъ, національныхъ, семейныхъ и иныхъ чувствахъ. Это отнимало бы у депутата массу времени и къ тому же бросало бы на него и тѣнь— благодаря такому безпрерывному „состоянію подъ судомъ“. Очевидно, что сила и значеніе привилегіи безотвѣтственности дѣйствительны лишь при полномъ ея объемѣ, т. е. при отсутствіи какихъ бы то ни было изъятій изъ принципа безотвѣтственности.

Всѣ эти соображенія, однако, могутъ имѣть значеніе лишь de lege ferenda, дѣйствующій же нашъ законъ, какъ вполнѣ справедливо указалъ І. В. Гессенъ, отличается такимъ макіавелизмомъ, который обрекаетъ заранѣе на неудачу всѣ попытки дать ему сколько-нибудь опредѣленное и ясное толкованіе. Для иллюстраціи достаточно, напримѣръ, указать на оговоргу ст. 14 Учр. Г. Д., ограничивающую „свободу сужденій и мнѣній“ депутатовъ дѣлами, подлежащими „вѣдѣнію Думы“. Оговорка эта, при извѣстномъ ея толкованіи, сводитъ всю привилегію безотвѣтственности къ нулю: въ самомъ дѣлѣ, вѣдь клевета не входитъ въ „вѣдѣніе“ Думы, а, слѣдовательно, на нее и не распространяется упомянутая „свобода сужденій и мнѣній“... Вотъ въ какой тупикъ заводитъ насъ макіавелизмъ нашихъ законовъ.

С. А. Бѣляцкинъ полагаетъ, вопреки мнѣнію М. Я. Острогорскаго, что центръ тяжести вопроса о безотвѣтственности именно — въ политической, а не въ юридической его сторонѣ. Въ частности по поводу предлагаемой М. Я. Острогорскимъ замѣны понятія депутатской привилегіи „прерогативой парламента“ слѣдуетъ замѣтить, что нельзя отдѣлять личность депутата отъ депутатскихъ полномочій. Что же ка-

сается принципа раздѣленія властей, на который М. Я. Острогорскій ссылался, какъ на основаніе безотвѣтственности депутата, то принципъ этотъ нынѣ далеко не является уже общепризнаннымъ и незыблемымъ, какъ прежде. Правильнѣе поэтому вопросъ о безотвѣтственности депутатовъ—поскольку рѣчь идетъ о принципіальной его постановкѣ—разрѣшать, какъ вопросъ политическій.

Обращаясь къ догматическому разсмотрѣнію вопроса въ предѣлахъ нашего законодательства, слѣдуетъ замѣтить, что сопоставленіе въ докладѣ Жижиленко выраженій „свобода" (ст. 79 Осн. Зак.) и „полная свобода" (ст. 14 Учр: Г. Д.), въ качествѣ довода въ пользу существованія у насъ безотвѣтственности депутатовъ, не представляется убѣдительнымъ потому, что это различіе выраженій не имѣетъ юридическаго значенія,—юридически „свобода", „полная свобода", „полнѣйшая свобода" и т. п. означаютъ одно и то же. Зато весьма существенной и убѣдительной является ссылка докладчика на ст. 26 Учр. Г. С., по которой „свобода сужденій и мнѣній", предоставленная членамъ Думы въ ст. 14 Учр. Г. Д., распространяется лишь на часть членовъ Гос. Сов., именно—на членовъ его по избранію. Уже одно это соображеніе убѣждаетъ насъ въ томъ, что отрицательное мнѣніе М. М. Боровитинова о безотвѣтственности депутатовъ не оправдывается даже догматическимъ анализомъ дѣйствующаго законодательства.

Съ другой стороны, трудно согласиться съ докладчикомъ въ опредѣленіи существа и юридическаго значенія безотвѣтственности: докладчикъ понимаетъ безотвѣтственность въ смыслѣ устраненія наказуемости, но не противоправности дѣяній, совершаемыхъ депутатомъ путемъ выраженія своихъ мнѣній и сужденій въ парламентѣ. Но если стать на точку зрѣнія неправомѣрности дѣяній депутата, то логически вѣдь нельзя отказать заинтересованному лицу въ правѣ отыскивать съ депутата убытки, причиненные ему такими дѣяніями депутата. Однако допустить это—значило бы умалить все значеніе безотвѣтственности.

По поводу 537 ст. угол. ул., на которую здѣсь ссылались въ качествѣ аргумента въ пользу безотвѣтственности слѣдуетъ замѣтить, что она едва ли пригодна въ этомъ смыслѣ: вѣдь по этой статьѣ обвиняемые въ разглашеніи по-

зорящаго обстоятельства должны доказать, что они именно изъ такихъ-то побужденій совершили инкриминируемое дѣяніе. Выводить же изъ этой статьи презумпцію въ пользу депутата, очевидно, не представляется достаточныхъ основаній. Слѣдовательно, о безотвѣтственности депутатовъ въ отношеніи диффамаціи по этой статьѣ не можетъ быть рѣчи.

Что касается, наконецъ, 22 ст. Учр. Г. Д., то она, какъ правильно здѣсь указывалось, не заключаетъ въ себѣ противорѣчія съ ст. 14-ой, ибо она говоритъ о „дѣяніяхъ“ вообще, а не о „мнѣніяхъ и сужденіяхъ“. При этомъ надо замѣтить, что ст. 22 примѣнима не только, какъ здѣсь указывалось, къ дѣяніямъ, какъ подлогъ, растрата и т. п., не имѣющимъ непосредственнаго отношенія къ рѣчамъ, т. е. къ собственно парламентской дѣятельности депутата, но—и къ такимъ преступнымъ дѣяніямъ, которыя, не относясь къ категоріи дѣяній, совершенныхъ посредствомъ слова, получаютъ, однако, путемъ слова свое завершеніе, иными словами—проявляются во внѣ посредствомъ слова. Къ такимъ дѣяніямъ относится, напримѣръ, полученіе депутатомъ подкупа за произнесеніе имъ опредѣленной рѣчи. Такой случай имѣлъ мѣсто во французской парламентской практикѣ, и судебная практика разъяснила по этому поводу, что на такія дѣянія безотвѣтственность депутатовъ не распространяется.

И. И. Люблинскій, отвѣчая на критику, которой подвергся его взглядъ на уголовно-частныя дѣянія, указалъ на различіе въ характерѣ замѣчаній, высказанныхъ по этому вопросу въ обоихъ засѣданіяхъ, посвященныхъ настоящему докладу: въ то время, какъ въ предыдущемъ засѣданіи въ преніяхъ обнаружилось сильное преобладаніе частнаго элемента надъ публичнымъ, въ настоящемъ засѣданіи, напротивъ, публичный элементъ въ рѣчахъ оппонентовъ совершенно вытѣснилъ элементъ частный. То и другое представляется крайностью.

Въ частности, опасенія одного изъ оппонентовъ относительно потери времени депутатомъ и бросаемой на него тѣни вслѣдствіе безпрерывнаго „состоянія подъ судомъ“, неосновательны и во всякомъ случаѣ весьма преувеличены. Что касается потери времени, то практика парламентовъ пока даетъ лишь 2—3 случая такихъ конфликтовъ на протяженіи нѣсколькихъ лѣтъ. О тѣни же, бросаемой будто бы на депутата при-

влеченіемъ его къ суду, не можетъ быть рѣчи въ виду той общей презумпціи добросовѣстности, которая всегда на практикѣ является привилегіей депутата въ его парламентской дѣятельности. Остановившись, далѣе, на возраженіяхъ М. Я. Острогорскаго по его адресу, П. И. Люблинскій, между прочимъ, объяснилъ, что ссылки его на примѣры изъ англійской парламентской практики имѣли цѣлью показать лишь, какое ограничительное толкованіе даетъ англійскій судъ привилегіи безотвѣтственности депутатовъ: это рельефно обнаруживается уже въ чисто мѣстномъ характерѣ привилегіи, при которомъ вполнѣ возможно, напримѣръ, отвѣтственность депутата за опубликованную при его содѣйствіи въ Times'ѣ въ точномъ изложеніи рѣчь, произнесенную имъ въ парламентѣ.

Вообще же, выслушанныя имъ возраженія противъ изъятія уголовно-частныхъ дѣяній изъ сферы безотвѣтственности не поколебали его убѣжденія въ томъ, что изъятіе это диктуется серьезными правно-политическими соображеніями.

Съ точки зрѣнія политики права и законодательства нельзя разсматривать какъ одно понятіе безотвѣтственность депутатовъ въ примѣненіи къ двумъ совершенно различнымъ областямъ уголовныхъ дѣяній—публичныхъ и частныхъ: въ послѣдней области безотвѣтственность отнюдь не имѣетъ того значенія, какъ въ первой,—напротивъ, здѣсь роль ея является скорѣе отрицательной; и потому изъятіе уголовно частныхъ дѣяній изъ понятія безотвѣтственности депутатовъ представляется вполнѣ справедливымъ и цѣлесообразнымъ. Правда, интересъ огражденія частныхъ лицъ отъ возможности злоупотребленій иммунитетомъ со стороны депутатовъ далеко уступаетъ по своему значенію интересу существованія самой привилегіи безотвѣтственности. И если приходится отстаивать существованіе самой привилегіи, то вопросъ объ изъятіи изъ нея, конечно, отходитъ на второй планъ. Но въ нормальныхъ условіяхъ парламентской жизни такое изъятіе является желательнымъ и необходимымъ. У насъ, впрочемъ, имѣются еще особыя основанія въ пользу выдѣленія области уголовно-частныхъ дѣяній изъ привилегіи безотвѣтственности: именно, если мы будемъ исходить изъ одного нераздѣльнаго понятія безотвѣтственности въ примѣненіи ко всѣмъ безъ различія дѣяніямъ, совершеннымъ депутатомъ посредствомъ слова, то можно опасаться, что вслѣдъ за изъятіемъ уголовно-частныхъ дѣяній

можетъ быть импортирована у насъ и полная отвѣтственность депутатовъ вообще.

Въ цѣляхъ устраненія этой опасности, въ цѣляхъ упроченія самой привилегіи безотвѣтственности, не слѣдуетъ поэтому связывать судьбу самой привилегіи съ вопросомъ объ изъятіи изъ нея уголовно-частныхъ дѣяній.

Предсѣдатель В. Д. Набоковъ, отмѣтивъ въ своемъ резюме достоинства докладовъ, указалъ на то, что всѣ пренія въ обоихъ засѣданіяхъ вращались вокругъ тѣхъ или иныхъ положеній докладовъ—доказательство того, насколько полно содержаніе докладовъ и какъ глубоко разработана въ нихъ основная тема. Но и по существу положенія и выводы докладовъ представляются вполнѣ убѣдительными. Лишь два тезиса доклада А. А. Жижиленко вызываютъ сомнѣнія. Во-первыхъ, трудно согласиться съ 6-мъ тезисомъ—по крайней мѣрѣ въ той формулировкѣ, какая ему дана докладчикомъ: безотвѣтственность депутатовъ за выраженныя въ парламентѣ сужденія и мнѣнія отнюдь не зло, которое должно компенсироваться дисциплинарной властью парламента. Вѣдь и дисциплинарная власть, какъ правильно указалъ М. М. Боровитиновъ, можетъ доходить до весьма серьезныхъ посягательствъ на личность. Важно поэтому имѣть въ виду, что безотвѣтственность депутатовъ есть благо, а не зло, что же касается дисциплинарной власти, то она покоится на другихъ основаніяхъ и преслѣдуетъ иную цѣль, чѣмъ власть карательная. Также и послѣдній тезисъ доклада объ учрежденіи особыхъ третейскихъ судовъ въ цѣляхъ констатированія и моральной оцѣнки позорящаго оглашенія депутата едва ли пріемлемъ—отчасти по соображеніямъ, уже высказаннымъ другими оппонентами, отчасти же по общимъ основаніямъ правового характера; именно, приговоры такихъ судовъ, будучи лишены какой бы то ни было санкціи, противорѣчили бы правовому чувству: послѣднее не могло бы мириться съ тѣмъ фактомъ, что дѣянія, признанныя судомъ неправомѣрными и преступными, въ то же время остаются безнаказанными. Болѣе правильнымъ представляется поэтому—вопреки возраженію Г. Б. Сліозберга—способъ реабилитаціи, предложенный О. О. Грузенбергомъ и состоящій въ предъявленіи депутату со стороны оскорбленнаго лица требованія повторить свое заявленіе внѣ парламента. Г. Б. Сліозбергъ напрасно смущается тѣмъ, что

здѣсь оскорбленному лицу наносится „второй ударъ“: вѣдь противъ перваго удара оскорбленный безсиленъ, новаго же элемента оскорбленія здѣсь нѣтъ. Въ виду этого соображенія теряетъ свою остроту и вопросъ о клеветѣ, ибо при такомъ способѣ реабилитаціи оклеветанный получаетъ возможность въ большей или меньшей степени парализовать и обезвредить клевету, допущенную по отношенію къ нему депутатомъ въ парламентской рѣчи.

Что же касается вообще развитыхъ въ преніяхъ точекъ зрѣнія на привилегію безотвѣтственности, то онѣ, собственно, сводятся къ тремъ: 1) полная безотвѣтственность (какъ и у докладчиковъ): 2) полная отвѣтственность на общемъ основаніи и 3) отвѣтственность неполная. Особую позицію занимаетъ І. В. Гессенъ, полагающій, что при настоящихъ условіяхъ юридическій споръ о безотвѣтственности не имѣетъ вообще практическаго значенія, такъ какъ судьба безотвѣтственности находится въ зависимости отъ общихъ политическихъ условій и судьбы самого народнаго представительства въ ближайшемъ будущемъ: восторжествуетъ послѣднее,—тогда вмѣстѣ съ нимъ упрочится и безотвѣтственность, какъ необходимое условіе его функціонированія; погибнетъ оно или же потерпитъ крушеніе—тогда о безотвѣтственности, конечно, не можетъ быть рѣчи. Взглядъ этотъ повидимому, раздѣляется и многими народными представителями, потому столь слабо представленными въ настоящемъ собраніи. Но этотъ взглядъ глубоко ошибоченъ: въ борьбѣ за право необходимо пользоваться тѣми средствами, какія имѣются въ нашемъ распоряженіи. Въ настоящемъ вопросѣ такимъ орудіемъ является толкованіе закона, и было бы неразумно пренебрегать имъ.

Что касается, далѣе, развитой М. М. Боровитинымъ точки зрѣнія полной отвѣтственности депутатовъ, то она покоится на утвержденіи, что нѣтъ юридическихъ основаній для признанія безотвѣтственности. Но это утвержденіе неправильно, ибо безотвѣтственность депутатовъ покоится на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и безотвѣтственность монарха и — представителя иностранной державы. Между прочимъ, еще въ руководствѣ Таганцева (изд. 1874 г.) безотвѣтственность депутатовъ не только признавалась, но и выводилась изъ самаго существа обязанностей депутата. Впрочемъ, и Боровитиновъ вынужденъ былъ признать нѣкоторый плюсъ въ пользу депу-

татовъ, но далъ ему весьма узкое, произвольное толкованіе, полагая центръ тяжести ст. 14 Учр. Г. Д. исключительно въ воспрещеніи мандатовъ. Трудно согласиться и съ П. И. Люблинскимъ по вопросу о клеветѣ. Соображеніе о парламентскихъ дуэляхъ не имѣетъ принципіальнаго значенія. Что же касается беззащитности частныхъ лицъ, то, очевидно, что въ нормальныхъ случаяхъ эта „беззащитность“ вообще не даетъ себя чувствовать и вопросъ о ней на практикѣ вовсе и не возникаетъ. Допустить же ради немногихъ исключительныхъ случаевъ судебное преслѣдованіе депутатовъ было бы крайне опасно—особенно принимая во вниманіе, что по нашему уложенію всякое разглашеніе позорящаго обстоятельства составляетъ уголовно-наказуемое дѣяніе. Къ тому же, вѣдь и со стороны представителя иностранной державы мыслимы и бываютъ такіе случаи злоупотребленія иммунитетомъ, которые заключаютъ въ себѣ явное и безнаказанное нарушеніе правъ частныхъ лицъ. Тѣмъ не менѣе общій, принципъ безотвѣтственности приводитъ къ необходимости жертвовать этими исключительными случаями ради единства безотвѣтственности. Наконецъ, если стать на точку зрѣнія П. И. Люблинскаго, то возникаетъ вопросъ, насколько справедливо столь различное отношеніе къ интересамъ частныхъ лицъ съ одной стороны и интересамъ публичнымъ съ другой, иными словами—насколько справедливо признаніе полной безотвѣтственности депутатовъ за нарушеніе интересовъ публичныхъ на ряду съ тщательнымъ огражденіемъ интересовъ частныхъ лицъ. Такое противоположное отношеніе закона къ двумъ категоріямъ интересовъ, безъ сомнѣнія, нашло бы многихъ противниковъ, которые, быть можетъ, не безъ основанія доказывали бы, что именно интересы публичные по важности своей болѣе нуждаются въ защитѣ, чѣмъ интересы частныхъ лицъ. Наиболѣе правильной поэтому представляется точка зрѣнія докладчиковъ, раздѣляемая и большинствомъ оппонентовъ и состоящая въ признаніи полной безотвѣтственности депутатовъ за выраженныя ими въ парламентѣ сужденія и мнѣнія. Что же касается отдѣльныхъ случаевъ злоупотребленій иммунитетомъ со стороны депутатовъ, то и здѣсь, какъ въ отношеніи представителя иностраннаго государства, приходится ими жертвовать ради послѣдовательности и единства безотвѣтственности.

Перейдя затѣмъ къ отдѣльнымъ замѣчаніямъ оппонентовъ,

Предсѣдатель В. Д. Набоковъ, между прочимъ, коснулся толкованія словъ „по дѣламъ, подлежащимъ вѣдѣнію Думы“ (ст. 14 Учр. Г. Д.), допущеннаго однимъ изъ оппонентовъ, въ смыслѣ признанія безотвѣтственности лишь относительно такихъ „сужденій и мнѣній“, которыя не заключаютъ въ себѣ клеветы и т. п. противозаконныхъ дѣяній, „не относящихся къ вѣдѣнію Думы“... Такое толкованіе ст. 14 Учр. Г. Д. было бы юридически абсурднымъ, ибо для понятія „вѣдѣніе Думы“ не имѣетъ никакого значенія содержаніе рѣчи.

Что касается порядка отвѣтственности депутатовъ, установленнаго въ ст. 22 Учр. Г. Д., то докладчикъ А. А. Жижиленко уже выяснилъ всю его несообразность. Измѣненіе этого порядка является настоятельной необходимостью. Послѣднее должно быть сдѣлано въ томъ смыслѣ, что преданіе суду депутата должно быть поставлено въ зависимость отъ самой палаты при условіи наличности опредѣленнаго кворума. Такое измѣненіе 22-ой ст., иначе говоря—измѣненіе порядка подсудности, привело бы фактически и къ безотвѣтственности депутатовъ за выраженныя ими сужденія и мнѣнія—даже и независимо отъ ст. 14-ой, толкованіе которой все же не является безспорнымъ.

Наконецъ, по вопросу о единодушіи нашего парламента въ отстаиваніи своихъ правъ, едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что единодушіе въ этой области проявится въ достаточной степени—независимо отъ даннаго состава парламента. Конечно, могутъ найтись отдѣльные депутаты, которые обнаружатъ противоположную тенденцію къ умаленію правъ парламента. Но такая тенденція объяснима только желаніемъ подорвать нравственный авторитетъ и значеніе Думы, послѣднее же мыслимо лишь въ видѣ единичныхъ исключеній въ средѣ депутатовъ.

По окончаніи резюме предсѣдателя собраніе дружными аплодисментами выразило благодарность докладчикамъ, послѣ чего засѣданіе было закрыто.

Протоколъ засѣданія гражданскаго отдѣленія

23 апрѣля 1909 года.

Предметъ занятій: Докладъ дѣйствительнаго члена *Л. С. Таля*: „*Тарифный* (коллективный) *договоръ какъ институтъ гражданскаго права*".

Положенія доклада: 1) изученіе тарифнаго договора какъ института гражданскаго права, помимо теоретическаго интереса, имѣетъ въ настоящее время для русскихъ юристовъ и практическое значеніе въ виду существованія въ Россіи такихъ договоровъ и вѣроятности ихъ дальнѣйшаго развитія въ будущемъ.

2) Тарифнымъ или коллективнымъ договоромъ называется соглашеніе между группою или союзомъ рабочихъ и отдѣльными работодателями или ихъ союзомъ о содержаніи будущихъ рабочихъ договоровъ на случай заключенія таковыхъ этими работодателями и членами группы или союза.

3) Теоріи, отрицающія юридическій характеръ тарифнаго договора, равно какъ попытки подвести его подъ одинъ изъ существующихъ договорныхъ типовъ, несостоятельны. Онъ— договоръ sui generis, отличающійся тремя признаками: а) одна сторона или обѣ имѣютъ коллективный характеръ, б) имъ generaliter опредѣляются условія будущихъ договоровъ, в) обязанность къ соблюденію этихъ условій устанавливается гипотетически, т. е. на случай заключенія индивидуальныхъ договоровъ. Тарифный договоръ порождаетъ главнымъ образомъ отрицательныя обязанности (къ воздержанію отъ противотарифныхъ дѣйствій), но также и положительныя.

4) Стороною договора не могутъ быть ассоціаціи, образовавшіяся ad hoc для заключенія тарифнаго договора. Профес-

сіональные союзы могутъ быть стороною тарифнаго договора, насколько они закономъ не лишены правоспособности, независимо отъ того признается ли за ними свойство юридическаго лица или нѣтъ; у насъ же только тогда, если они удовлетворяютъ требованіямъ закона 4 марта 1906 года.

5) Въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ заключенъ правоспособнымъ союзомъ, признаніе отдѣльныхъ членовъ его непосредственно управомоченными и обязанными субъектами правоотношенія хотя и соотвѣтствуетъ соціальной цѣли тарифнаго договора, но встрѣчаетъ непреодолимыя препятствія въ господствующей цивилистической доктринѣ и въ положительномъ правѣ. Ни конструкція представительства, ни конструкція договора въ пользу третьихъ лицъ сюда не примѣнимы. Экспансивная тенденція, присущая тарифному договору, не оправдываетъ теоріи Лотмара и др., усматривающихъ молчаливое присоединеніе къ нему въ одномъ фактѣ заключенія рабочаго договора на тарифныхъ условіяхъ и даже въ отсутствіи прямого указанія на нежеланіе подчиниться этимъ условіямъ.

6) Послѣдствія тарифнаго договора заключаются въ правѣ каждаго контрагента требовать отъ другого исполненія (въ частности отъ союзовъ посильнаго воздѣйствія на ихъ членовъ), а въ случаѣ нарушенія договора — возмѣщенія убытковъ. Теорія о принудительной (автоматической) замѣнѣ содержанія индивидуальныхъ договоровъ тарифомъ не согласуется съ господствующими въ современномъ гражданскомъ правѣ воззрѣніями на договорную свободу, но ея проведеніе желательно de lege ferenda.

7) Практическое значеніе тарифнаго договора зависитъ отъ реальнаго соотношенія силъ контрагентовъ и отъ совершенства способовъ судебной защиты противъ его нарушенія. Препятствіями къ упроченію тарифнаго договора въ нашемъ быту и постепенному вытѣсненію имъ боевыхъ способовъ разрѣшенія конфликтовъ между работодателями и рабочими могутъ оказаться—на ряду съ стѣсненіемъ права коалиціи и отсутствіемъ постоянныхъ примирительныхъ учрежденій,—необязательность арбитражнаго договора и недостаточность средствъ судебной реакціи (отсутствіе института судебныхъ запрещеній подъ угрозою штрафа, необходимость доказывать размѣръ убытковъ при нематеріальномъ вредѣ, невозможность для союзовъ ликвидировать требованія своихъ членовъ и др.).

Засѣданіе открыто въ $8^3/_4$ часовъ вечера подъ предсѣдательствомъ товарища предсѣдателя гражд. отд. общества *В. М. Нечаева.*

Слово было предоставлено *докладчику Л. С. Талю*, прочитавшему слѣдующій докладъ:

Тарифный, или коллективный, договоръ въ настоящее время на Западѣ принадлежитъ къ модными вопросамъ и пользуется необыкновеннымъ вниманіемъ не только ученыхъ спеціалистовъ, но также широкихъ круговъ общества. У насъ онъ почти не затронутъ въ литературѣ и мало извѣстенъ. Для всесторонняго изученія тарифнаго договора было бы необходимо освѣтить его съ трехъ различныхъ сторонъ: какъ соціальное явленіе, какъ предметъ догматики права и какъ законодательную проблему. Такая задача, разумѣется, невыполнима въ рамкахъ одного доклада. Наша бесѣда будетъ касаться исключительно правовой структуры этого явленія, будетъ имѣть цѣлью отвѣтить хотя бы въ общихъ чертахъ на важнѣйшіе, выдвигаемые имъ, юридическіе вопросы [1]). О соціальномъ значеніи тарифнаго договора мнѣнія рѣзко расходятся, колеблясь между крайнимъ скептицизмомъ и возведеніемъ его въ панацею противъ классовой розни. Эта сторона для насъ пока еще имѣетъ преимущественно теоретическій интересъ, такъ какъ роль тарифныхъ договоровъ въ промышленной жизни Россіи пока ничтожна, а для быстраго ихъ развитія въ близкомъ будущемъ у насъ недостаетъ двухъ основныхъ условій: сильныхъ профессіональныхъ союзовъ и навыка къ разрѣшенію коллективныхъ конфликтовъ посредствомъ арбитража и посредничества. Еще менѣе актуальный интересъ для насъ представляетъ законодательная нормировка тарифнаго договора, едва успѣвшаго пустить корни въ нашемъ быту. Однако, несмотря на неблагопріятныя условія, такія соглашенія не чужды нашему быту; они встрѣчаются уже

[1]) Юридическая природа тарифнаго договора впервые подверглась всестороннему анализу въ началѣ этого столѣтія въ работахъ Лотмара и Рундштейна. Въ 1904 г. онъ былъ предметомъ обсужденія на съѣздѣ голландскихъ юристовъ (см. Zanten въ Soz. Praxis XV, Sp. 4), въ 1905 г. — на вюрцбургскомъ съѣздѣ членовъ промышленныхъ судовъ (Gewerbeger. за 1905 г. Biel. zu № 1) и въ 1908 г. на кильскомъ съѣздѣ германскихъ юристовъ. Литература вопроса, особенно нѣмецкая, очень обширна. Наиболѣе полныя библіографич. свѣдѣнія собраны въ Beitr. zur Arbeiterstat. №№ 3 и 8, въ Verh. des 29 deut. Juristen. Bd. IV, p. 84 и у Leon Douarche, Les conventions collectives, Paris 1907.

и въ нашей практикѣ, и есть полное основаніе думать, что они, не только не исчезнутъ, но будутъ, хотя и медленно, прививаться и распространяться въ промышленной средѣ. Опытъ Западной Европы доказываетъ, что повсюду съ усиленіемъ профессіональной организаціи рабочихъ возрождается существовавшее въ прежнія хозяйственныя эпохи стремленіе заинтересованныхъ общественныхъ группъ въ автономной нормировкѣ условій труда и что для этой цѣли они въ послѣднее время все чаще и чаще прибѣгаютъ къ формѣ коллективныхъ соглашеній. И въ этой области рано или поздно болѣе культурные способы правовыхъ сношеній повсюду берутъ верхъ надъ самопомощью, хотя и узаконенною, надъ разрѣшеніемъ коллизіи интересовъ грубою силою. Эти соглашенія носятъ различныя названія. Нѣмцы называютъ ихъ тарифными договорами, англичане, французы, голландцы и др.—коллективными. (Мы бы предпочли второй терминъ, какъ болѣе точный, но у насъ въ литературѣ, и въ жизни первый болѣе извѣстенъ, и мы потому остановились на немъ). Спорятъ о томъ, насколько тарифный договоръ способенъ вытѣснить боевыя средства,—стачку, локаутъ и пр., или хотя бы ограничить ихъ примѣненіе, но что вытѣсненіе ихъ желательно, насколько оно возможно безъ ущерба для интересовъ народнаго хозяйства и трудящихся, объ этомъ не можетъ быть двухъ мнѣній. Все усиливающійся ростъ тарифнаго движенія за послѣдніе 10 лѣтъ въ большинствѣ промышленныхъ странъ позволяетъ думать, что онъ этимъ интересамъ не противорѣчитъ, и потому мы имѣемъ полное основаніе сознательно итти навстрѣчу появленію и распространенію тарифнаго договора въ нашемъ отечествѣ и задаться вопросомъ, насколько наше дѣйствующее право благопріятствуетъ или по меньшей мѣрѣ не препятствуетъ упроченію и развитію тарифнаго договора въ русской жизни.

Во время недавно пережитаго нами порыва къ общественному самоопредѣленію и вызваннаго имъ роста профессіональныхъ организацій въ разныхъ областяхъ промышленности бывали единичные случаи заключенія тарифныхъ договоровъ [1]) особенно на нашихъ

---

[1]) Нѣкоторыя свѣдѣнія о нихъ, хотя далеко не полныя, можно найти въ только что вышедшей книгѣ г. Дмитріева: „Профессіональное движеніе и союзы въ Россіи“ Спб. 1909. Авторъ, къ сожалѣнію, имѣетъ неправильное представленіе о тар. дог., причисляя сюда „всякій коллективный договоръ, при которомъ со стороны рабочихъ выступаетъ... коалиція“ (стр. 306). Часть приведенныхъ имъ примѣровъ представляютъ собою не тар. догов. въ техническомъ смыслѣ, а рабочіе договоры, заключенные коллективомъ.

западныхъ окраинахъ и въ столицахъ. Отношеніе нашихъ рабочихъ организацій къ нимъ, насколько можно о немъ судить, въ общемъ доброжелательное, а промышленники, какъ показываетъ опытъ Западной Европы, при благопріятной конъюнктурѣ рынка охотно идутъ на заключеніе тарифныхъ договоровъ, потому что въ такое время перерывы производства, вызываемые конфликтами, для нихъ особенно чувствительны и кромѣ того, они себя этимъ путемъ въ нѣкоторой степени ограждаютъ отъ конкурренціи со стороны неразборчивыхъ предпріятій, выѣзжающихъ на дешевизнѣ рабочихъ рукъ, хотя бы цѣною качества продукта, отъ т. н. „Schmutzkonkurrenz“. Прибавимъ еще, что тарифные договоры у насъ уже служили и еще будутъ служить предметомъ судебныхъ процессовъ, свѣдѣнія о которыхъ, къ сожалѣнію, въ общую печать не проникли. Все это, кажется, достаточно убѣдительно говоритъ за то, что ихъ правовая структура и связанные съ нею вопросы имѣютъ для насъ не одинъ только академическій интересъ.

Предъ нами такимъ образомъ трудная и своеобразная задача опредѣлить отношеніе русскаго гражданскаго права къ соціальному новообразованію, не затронутому ни законодательствомъ, ни судебною практикою, ни русскою юридическою литературою. Въ нашемъ распоряженіи для этой цѣли имѣются только фактическіе матеріалы, т. е. болѣе или менѣе случайныя свѣдѣнія о состоявшихся въ Россіи коллективныхъ соглашеніяхъ, общія начала, заложенныя въ нашемъ правѣ, и западная литература и практика.

Тарифнымъ, или коллективнымъ, договоромъ называется соглашеніе между группою и союзомъ рабочихъ и отдѣльными работодателями или ихъ союзомъ, устанавливающее содержаніе будущихъ рабочихъ договоровъ на случай заключенія таковыхъ этими работодателями и членами группы или союза. Хотя единичные случаи коллективныхъ соглашеній встрѣчаются уже въ средніе вѣка [1]), но массовое ихъ проявленіе составляетъ продуктъ новѣйшей фазы хозяйственной жизни и находится въ тѣснѣйшей

[1]) Объ исторіи тарифнаго договора см. Schmelzer, Tarifgemeinschaften p. 1, Tarifv. im deut. Reich (оф. изд.), p. 18 сл., Köppe, Arbeitstarifvertag etc., p. 169 сл. Raynaud, Contrat collectif, p. 31 слѣд. Houbert-Valleroux, Contrat de travail., p. 204, сл., Douarche, ук. соч., p. 57, Stahl, Das deutsche Handwerk, p. 339 сл. Вебб, Теорія и практика англ. тредъюніонизма, стр. 148 и 693 сл., Verh. des. 29 deut. Jur. Bd. IV, p. 140 сл.

связи съ двумя характерными ея особенностями: съ интенсивнымъ развитіемъ профессіональныхъ организацій и съ стремленіемъ организованныхъ группъ рабочихъ (а въ послѣднее время и работодателей) вліять на содержаніе заключаемыхъ отдѣльными членами профессіи рабочихъ договоровъ и разрѣшить возникающія на этой почвѣ столкновенія, насколько ими затрагиваются общіе профессіональные интересы, путемъ коллективной самопомощи. Массовыя стачки оканчивались либо побѣдою одной изъ сторонъ, либо соглашеніемъ. Соглашеніе являлось результатомъ или посредничества примирительныхъ учрежденій и лицъ, облеченныхъ довѣріемъ обѣихъ сторонъ, или же непосредственныхъ переговоровъ между заинтересованными группами. Первоначально этимъ мирнымъ трактатамъ никто не придавалъ значенія юридической сдѣлки; они исполнялись подъ угрозою стачки и локаута и подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія. Но положеніе вещей, начиная съ послѣдней четверти прошлаго столѣтія, сперва въ Англіи и Америкѣ, а позднѣе и на европ. континентѣ, постепенно мѣняется. По мѣрѣ того, какъ стороны стали дорожить мирнымъ теченіемъ промышленной жизни, у нихъ укрѣпляется взглядъ, что подобное соглашеніе создаетъ обязательное для сторонъ правоотношеніе, что его неисполненіе составляетъ нарушеніе юридической обязанности и законный поводъ для гражданскаго иска. Когда эти споры доходили до суда, то ему уже необходимо было опредѣлить юридическую природу этого новаго продукта промышленной жизни, сложившагося на почвѣ солидарности профессіональныхъ интересовъ, и плохо гармонирующаго съ индивидуалистическими началами гражданскаго права. Мы не будемъ останавливаться на вопросѣ, какъ судебная практика справляется съ этою задачею, съ какими препятствіями ей приходится встрѣчаться въ отдѣльныхъ законодательствахъ. На подмогу ей поспѣшила юридическая наука и, увлеченная огромной важностью и новизною проблемы, усердно принялась за ея разработку. Дружными усиліями германскихъ, австрійскихъ, французскихъ, итальянскихъ и голландскихъ юристовъ всѣ детали юридической конструкціи и правовыя послѣдствія коллективнаго соглашенія постепенно выяснились, и подъ него подведенъ широкій юридическій фундаментъ. Но какъ мало юристы сами убѣждены въ его прочности и надежности, объ этомъ лучше всего свидѣтельствуетъ раздающійся повсюду призывъ къ законодателю замѣнить шаткія теоретическія основанія, на которыхъ въ настоящее время построенъ тарифный договоръ, ясною законо-

дательною нормировкою. Въ результатѣ вопросъ вступилъ въ новую фазу: изъ соціальной и научной проблемы онъ превратился въ проблему легислативную, надъ практическимъ разрѣшеніемъ которой въ настоящее время работаютъ законодательныя и общественныя учрежденія и научныя силы. Кое-гдѣ уже сдѣланы первыя осторожныя попытки въ этомъ направленіи. Изъ европейскихъ странъ о тарифномъ договорѣ упоминаютъ законы женевскаго кантона, Австріи и Голландіи; во Франціи, Испаніи, Италіи, Швейцаріи и Германіи вырабатываются соотвѣтственные законопроекты [1]). Въ сторонѣ отъ этого движенія изъ крупныхъ государствъ стоятъ только Англія и Соединенные Штаты Америки, т. е. какъ разъ тѣ страны, въ коихъ тарифное движеніе пустило наиболѣе глубокіе корни, и гдѣ, казалось бы, почва для него наиболѣе благопріятна. Это объясняется тѣмъ, что англо-американскіе тредъюніоны, обладающіе значительнымъ соціальнымъ вѣсомъ и огромными матеріальными средствами, мало дорожатъ судебною защитою. Опасаясь, что вмѣстѣ съ признаніемъ ихъ правоспособности къ предъявленію исковъ на нихъ будетъ возложена имущественная отвѣтственность на случай массовыхъ нарушеній тарифнаго договора, они предпочитаютъ оставаться въ сферѣ чисто-соціальныхъ отношеній. Неудивительно поэтому, что англійскіе юристы и судебная практика гораздо меньше занимаются коллективными соглашеніями, чѣмъ континентальные.

Обращаясь къ выясненію юридической природы тарифнаго договора, мы прежде всего должны отвѣтить на вопросъ, возможно ли съ точки зрѣнія господствующей цивилистической доктрины и положительнаго права признать его гражданско-правовымъ договоромъ и вообще видѣть въ немъ юридическій институтъ?

Голоса отрицающіе юридическую силу коллективнаго соглашенія и осуждающіе его на безправное существованіе, сравнительно рѣдки. Это соглашеніе, говорятъ нѣкоторые голландскіе юристы [2]), не можетъ разсматриваться, какъ гражданско-правовая сдѣлка, потому что ни одна изъ сторонъ тутъ не обязывается къ

---

[1]) Текстъ б. ч. этихъ законовъ и проектовъ напечатанъ въ офиц. герм. изд. о Tarifverv. и у Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag. Франц. проектъ напечатанъ у Misset; Contrat collectif, итальянскій въ Atti del Consiglio Superiore di Lavoro. 1907 г.

[2]) Zanten. Der Tarifvertrag auf d. niederländ. Juristentag въ Soz. Pr XIV Sp., 412 сл.

опредѣленному дѣйствію. Имъ только generaliter намѣчаются условія на случай заключенія въ будущемъ рабочаго договора, но имъ не создается necessitas praestationis, а такого рода генеральная нормировка, если она не исходитъ отъ законодателя, не имѣетъ юридической силы. Этотъ аргументъ, повторяемый нѣкоторыми французскими учеными [1]), несостоятеленъ, ибо какъ разъ то положеніе, что генеральная нормировка, несмотря на желаніе сторонъ придать ей обязательный характеръ, для нихъ необязательна, подлежитъ доказыванію. Планіоль [2]) также высказывается противъ юридической силы тарифныхъ договоровъ. Они, говоритъ онъ, не направлены вовсе на установленіе obligation civile d'une nature contractuelle и потому лишены другой санкціи, кромѣ угрозы стачкою и локаутомъ. Это, слѣдовательно, не contrat du droit commun, который можетъ имѣть своимъ источникомъ только индивидуальную волю сторонъ, а своего рода мирный трактатъ, дѣйствующій до тѣхъ поръ, пока стороны ему добровольно подчиняются. Признаніе тарифнаго договора обязательнымъ для сторонъ, по мнѣнію почтеннаго французскаго ученаго, противорѣчило бы также интересамъ промышленности, ибо лишило бы работодателя и рабочихъ возможности приспособляться при заключеніи рабочихъ договоровъ къ состоянію рынка. Ссылка Планіоля на предполагаемую волю сторонъ и на интересы народнаго хозяйства совершенно бездоказательны и опровергаются какъ быстрымъ ростомъ тарифнаго движенія во Франціи, такъ и стремленіемъ заинтересованныхъ группъ къ законодательной санкціи коллективнаго договора. Въ остальной части мнѣніе Планіоля и раньше упомянутыхъ нами юристовъ о необходимости для гражданско-правового договора обѣщанія опредѣленнаго дѣйствія основано на смѣшеніи договора въ обширномъ смыслѣ съ обязательственнымъ договоромъ. Только послѣднимъ всегда устанавливается обязанность къ исполненію того или другого дѣйствія. Понятіе же о договорѣ въ обширномъ смыслѣ обнимаетъ по опредѣленію Савиньи [3]), всякое „соединеніе нѣсколькихъ лицъ для согласнаго волеизъявленія, опредѣляющаго ихъ правоотношенія“, а, по опредѣленію Дернбурга [4]).—„всякое соглашеніе воли дого-

---

[1]) Haup., Richard, L'organisation collective du travail, p. 143 сл.
[2]) Traité élem. de droit civil, t. II, § 1838 (3-е изд.).
[3]) System des heut. röm. Rechts. Bd. III, p. 309.
[4]) Das. bürg. Recht, Bd. I. p. 334.

варивающихся сторонъ, которое имѣетъ цѣлью возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе правоотношеній". Подъ эти опредѣленія вполнѣ подходитъ также тарифный договоръ, если только стороны имѣли серьезное намѣреніе обязываться къ соблюденію установленныхъ ими условій при заключеніи въ будущемъ рабочихъ договоровъ.

Другіе ученые, не отрицая юрид. силы этого соглашенія, видятъ въ немъ, однако, не договоръ, а коалицію или альянсъ работодателей съ рабочими съ цѣлью автономнаго урегулированія ихъ взаимныхъ отношеній [1]). Искусственность этого построенія очевидна. Никакого постояннаго соединенія публичнаго или частно-правового характера стороны создавать не намѣрены и, вступая въ коллективное соглашеніе, онѣ отнюдь не уничтожаютъ противоположности интересовъ рабочихъ и работодателей, не совершаютъ хотя бы временнаго сліянія этихъ двухъ группъ.

Любопытный взглядъ высказываетъ Еллинекъ [2]), занимающій среднюю позицію въ этомъ вопросѣ. Онъ приводитъ тарифный договоръ какъ примѣръ зарожденія въ современномъ государствѣ новыхъ формъ участія общественныхъ силъ въ законодательствѣ. Эти соглашенія, говоритъ онъ, формально имѣютъ своимъ источникомъ волю сторонъ, но ими на самомъ дѣлѣ создаются новыя правовыя нормы, дѣйствующія—если не юридически, то фактически—для извѣстнаго круга отношеній подобно закону, хотя они и не созданы нормальнымъ законодательнымъ путемъ.

Не встрѣчая препятствій къ признанію юридической силы тарифнаго договора въ общихъ принципахъ гражданскаго права, мы не видимъ ихъ также въ постановленіяхъ нашихъ дѣйствующихъ законовъ [3]). Коллективное соглашеніе, если это только со-

---

[1]) Schmelzer. ук. соч., p. 120, Liefmann, Die Allianzen etc., p. 10, Rundstein, Tarifv. u. moderne Rechtswissenschaft, p. 18.

[2]) Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Brl. 1908, стр. 49 и 79. Ср. его System der Subj. Rechte, b. 204.

[3]) Г. Дмитріевъ (стр. 330) видитъ такое препятствіе въ Выс. утв. полож. ком. мин. отъ 20 февраля 1905 г., согл. которому „опредѣленіе отношеній между промышленниками и рабочими д. б. производимо не иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ". Но это положеніе (напеч. въ № 46 Прав. Вѣст. за 1905 г.) состоялось въ отвѣтъ на вопросъ мин. фин. о полномочіяхъ администраціи въ указанной области и притомъ до изданія закона 4 марта 1906 г. Оно не имѣетъ никакого отношенія къ тарифнымъ договорамъ.

отвѣтствуетъ намѣреніямъ сторонъ [1]), какъ „всякій договоръ и и всякое обязательство, правильно составленное“ согласно ст. 569 1 ч. X т. „налагаетъ на договаривающихся обязанность его исполнить“, др. сл. имѣетъ обязательную силу. У насъ не существуетъ замкнутаго круга договорныхъ типовъ, и потому всякое соглашеніе, въ основаніи котораго лежитъ охраняемый гражданскимъ правомъ интересъ, при отсутствіи законныхъ препятствій порождаетъ юридическое отношеніе. Интересы, связанные съ тарифнымъ договоромъ, имѣютъ преимущественно экономическій характеръ и несомнѣнно относятся къ сферѣ гражданскаго оборота.

Въ западной литературѣ существуетъ рядъ попытокъ опредѣлить природу тарифнаго договора посредствомъ подведенія его подъ одинъ изъ существующихъ договорныхъ типовъ, но всѣ они или страдаютъ явною искусственностью, или не удовлетворяютъ практической цѣли, преслѣдуемой сторонами при его заключеніи. Мы скажемъ о нихъ нѣсколько словъ, не вдаваясь въ подробности.

На первыхъ порахъ тарифный договоръ часто смѣшивали съ рабочимъ договоромъ, заключеннымъ группою лицъ, напримѣръ, артелью, упуская изъ виду, что онъ въ отличіе отъ рабочаго договора не обязываетъ ни къ исполненію работъ, ни къ уплатѣ вознагражденія. Другіе видѣли въ немъ соглашеніе о будущемъ рабочемъ договорѣ pactum de contrahendo. Однако, по мѣткому выраженію Лотмара, имъ опредѣляется nicht das ob, sondern das wie, стороны не обѣщаютъ вступать въ рабочіе договоры, онѣ только устанавливаютъ ихъ эвентуальное содержаніе. Невѣрно также сближеніе тарифнаго договора съ мировою сдѣлкою несмотря на ихъ сходство въ бытовомъ отношеніи, ибо онъ не предполагаетъ ни наличности спора, ни взаимныхъ уступокъ. Французскіе юристы [2]) склонны примѣнить къ нему положенія о мандатѣ, о довѣренности. Члены союза, говорятъ они, потому управомочиваются и обязываются тарифнымъ договоромъ, что союзъ при его заключеніи дѣйствуетъ въ качествѣ ихъ представителя, по мнѣнію однихъ—договорнаго, по мнѣнію другихъ—законнаго. Но

---

[1]) По общему правилу такое намѣреніе при сдѣлкахъ, лежащихъ въ рамкахъ гражданскаго оборота, предполагается, если нѣтъ доказательствъ противнаго. Baum въ Gruchol's Beitr, Zur. Erl Bd. 49, p. 261, отрицаетъ возможность такого предположенія, когда договоръ заключенъ неопредѣленною группою (unbegrenzter Kollektivvertrag).

[2]) Rundstein, Die Tarifvertr. im französ. Privatrecht, p. 60 и указ. тамъ литературу.

эта конструкція вовсе не отвѣчаетъ на вопросъ о юридической природѣ тарифнаго договора, ибо на основаніи мандата можно совершить какія угодно сдѣлки; она только пытается объяснить, почему соглашеніе, заключенное союзомъ, обязательно для его членовъ. Къ этому вопросу мы еще вернемся.

Другая теорія [1]), также выдвинутая французскими юристами, но имѣющая видныхъ сторонниковъ за предѣлами Франціи, усматриваетъ въ нашемъ институтѣ договоръ въ пользу третьихъ лицъ. По поводу ея также необходимо замѣтить, что договоръ въ пользу третьяго лица вовсе не представляетъ собою опредѣленнаго договорнаго типа, а только форму соглашенія, порождающаго обязанности одного или обоихъ контрагентовъ по отношенію къ третьему лицу. Самыя разнородныя соглашенія могутъ быть облекаемы въ форму договора въ пользу 3-хъ лицъ.

Правильнѣе поэтому вмѣстѣ съ большинствомъ изслѣдователей видѣть въ коллективномъ соглашеніи contractus sui generis, фактическій составъ котораго въ томъ видѣ, въ какомъ онъ сложился въ практической жизни, характеризуется тремя существенными признаками: а) одна сторона или обѣ представляютъ собою коллективъ [2]), б) имъ опредѣляются условія будущихъ рабочихъ договоровъ и в) эти условія устанавливаются эвентуально, т. е. на случай заключенія индивидуальныхъ договоровъ [3]). Все, что входитъ въ содержаніе рабочаго договора, можетъ предусматриваться тарифнымъ соглашеніемъ, какъ напр., вопросы о заработной платѣ, о рабочемъ времени, о срокахъ и основаніяхъ для прекращенія договора и т. д. Но этими эвентуальными постановленіями обык-

[1]) Rundstein, тамъ же, p. 66.

[2]) Теоретически мыслимо соглашеніе объ эвентуальномъ содержаніи будущаго рабочаго договора между отдѣльными физич. лицами, но въ жизни оно не встрѣчается. Предварительная нормировка будущихъ правоотношеній путемъ договора лишена практическаго значенія, если она не охватываетъ болѣе или менѣе обширнаго круга лицъ и при отсутствіи тѣхъ гарантій противъ ея нарушенія, которыя представляетъ солидарность интересовъ между членами контрагирующаго коллектива и власть этого коллектива надъ отдѣльными его членами.

[3]) Мы имѣемъ въ виду рабочіе договоры, но вполнѣ возможно также примѣненіе коллективныхъ соглашеній въ другихъ областяхъ правовой жизни. См. Fuld. Corporative Mietverträge въ Zeitschr. f. Socialwiss. V (1902), стр. 634 сл. и интересныя свѣдѣнія о коллективныхъ соглашеніяхъ въ средѣ биржевого купечества, сообщенныя г. Загорскимъ въ его (появившемся отд. брошюрою), докладѣ вольно-экон. общ. о торговыхъ обычаяхъ и биржевыхъ правилахъ.

новенно его содержаніе не исчерпывается. Оно можетъ касаться и другихъ предметовъ, не имѣющихъ прямого отношенія къ будущимъ договорамъ, какъ напр., права рабочихъ состоять членами союзовъ, обязанности работодателей отдавать при наймѣ организованнымъ рабочимъ преимущество передъ неорганизованными и т. п. Весьма часто включаются въ тарифный договоръ постановленія, касающіяся его самого, его продолжительности, порядка толкованія, разрѣшенія могущихъ возникнуть споровъ и т. д. Но они не составляютъ его необходимой составной части [1]).

Спрашивается, однако, если единственное существенное содержаніе тарифнаго договора—условія будущихъ рабочихъ договоровъ—имѣетъ эвентуальный характеръ, т. е. получаетъ практическое значеніе только въ случаѣ заключенія таковыхъ, то что же составляетъ предметъ этого своеобразнаго соглашенія, къ чему стороны непосредственно другъ передъ другомъ обязываются? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо имѣть въ виду, что предметомъ юридической сдѣлки можетъ быть какъ положительное дѣйствіе, такъ и воздержаніе отъ дѣйствія, его несовершеніе. Далѣе необходимо различать два случая (дальше мы объ этомъ будемъ подробнѣе говорить): когда тарифный договоръ заключается группою физическихъ лицъ и когда онъ заключается правоспособнымъ союзомъ. Въ первомъ случаѣ стороны тарифнаго договора совпадаютъ съ предполагаемыми сторонами будущихъ индивидуальныхъ договоровъ, и сообразно съ этимъ практически наиболѣе существенная обязанность устанавливаемая тарифнымъ соглашеніемъ, состоитъ въ томъ, чтобы они не уклонялись отъ условій, имъ предуказанныхъ, т. е. не заключали индивидуальныхъ рабочихъ договоровъ на условіяхъ менѣе выгодныхъ. (Что касается условій болѣе выгодныхъ, то ихъ недопустимость большею частью не можетъ быть выведена изъ намѣренія сторонъ). Они далѣе обязаны воздержаться отъ всякихъ другихъ дѣйствій, прямо или косвенно ведущихъ къ нарушенію тарифа, и согласовать свое поведеніе съ его требованіями. Поэтому существующіе договоры и правила внутренняго распорядка должны быть ими соотвѣтственно измѣнены, а новые—съ ними согласованы. По той же

[1]) Нѣкоторые признаютъ обозначеніе срока необходимымъ элементомъ тарифнаго договора, такъ какъ при безсрочномъ договорѣ каждая сторона можетъ въ любой моментъ безнаказанно отступиться отъ дальнѣйшаго соблюденія тарифа. На практикѣ договоры безсрочные, но съ обязательнымъ предупрежденіемъ объ отказѣ встрѣчаются болѣе часто, чѣмъ срочные.

причинѣ недопустимо ихъ участіе въ стачкѣ и локаутахъ для поддержки требованій, противорѣчащихъ тарифамъ. Во второмъ случаѣ, т. е. когда договоръ заключенъ отъ своего имени коллективомъ, обладающимъ правоспособностью, онъ, конечно, также обязанъ воздержаться отъ всякихъ дѣйствій, идущихъ въ разрѣзъ съ цѣлями соглашенія. Но такъ какъ коллективъ, какъ таковой, не предполагаетъ вступать въ рабочіе договоры, то практически главная его обязанность состоитъ не въ этомъ, а въ посильномъ воздѣйствіи на своихъ членовъ, въ употребленіи всѣхъ имѣющихся въ его распоряженіи средствъ, чтобы побудить ихъ къ соблюденію и исполненію тарифнаго договора, напр., путемъ лишенія поддержки, исключенія изъ союза и т. д. Разумѣется, чѣмъ сильнѣе союзъ, чѣмъ больше имъ дорожатъ его члены, тѣмъ это будетъ для него легче. Такимъ образомъ въ первомъ случаѣ центръ тяжести лежитъ на обязанностяхъ отрицательнаго характера [1]), на воздержаніи отъ заключенія договоровъ, несогласныхъ съ тарифомъ, во второмъ случаѣ—на положительной обязанности союза воздѣйствовать на своихъ членовъ: остальныя обязанности тутъ фактически отступаютъ на второй планъ.

Имѣютъ ли по нашему дѣйствующему праву юридическую силу договоры, устанавливающіе обязанность къ воздержанію, или—что то же самое—запрещающіе то или другое дѣйствіе? Этого вопроса не слѣдуетъ смѣшивать,—какъ это сплошь да рядомъ дѣлается въ нашихъ судахъ, несмотря на преподанныя указанія сената,—съ вопросомъ объ осуществимости подобныхъ обязательствъ на почвѣ нашихъ процессуальныхъ законовъ, ибо существованіе права не зависитъ отъ того, располагаетъ ли судъ достаточными средствами для принужденія должника къ дѣйствіямъ, составляющимъ предметъ обязательства. Наши матеріальные законы не дѣлаютъ никакой разницы между положи-

---

[1]) Таково господствующее ученіе. См. Sinzheimer, ук. соч. S. II, p. 110 сл. и указ. тамъ литературу. Schall. Das Privatrecht des Arbeitstarifvertrages въ Iher. Jahrb. за 1907 г. Bd. II, p. 88 сл., наоборотъ, утверждаетъ, что и обязанность къ воздержанію имѣетъ положительный характеръ, ибо имѣетъ своимъ предметомъ соблюденіе тарифныхъ условій. Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ взгляда на природу обязанности къ воздержанію, относительно которой въ юридич. литерат. происходятъ оживленные споры. См. Windscheid Pand. § 252 № 1-a, Wendt въ Arch. f. zivil. Praxis. Bd. 91 и 92, H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, Eltzbacher, Die Unterlassungsklage и др.

тельнымъ дѣйствіемъ и воздержаніемъ, какъ предметами обязательствъ. Наоборотъ, изъ совокупнаго смысла ст. ст. 570, 572 и 693, ч. 1 т. X св. зак. вытекаетъ, что неисполненіе всякаго договора и всякаго обязательства даетъ право на искъ и что предметъ иска составляетъ „удовлетвореніе во всемъ, что въ оныхъ постановлено", а при наличности убытковъ — ихъ возмѣщеніе. Ничто не мѣшаетъ намъ подводить подъ эти положенія закона сдѣлки, устанавливающія обязанность къ воздержанію.

Перейдемъ теперь къ вопросу о томъ, кто можетъ быть стороною тарифнаго договора. Особенность его, какъ мы уже знаемъ, состоитъ въ томъ, что однимъ контрагентомъ всегда является коллективъ, т. е. множественность лицъ; какія же правовыя формы долженъ принять этотъ коллективъ, какими свойствами онъ долженъ обладать для того, чтобы его можно было съ точки зрѣнія теоріи и положительнаго права признать стороною тарифнаго договора, субъектомъ вытекающихъ изъ него правъ и обязанностей? Это вопросъ очень трудный, такъ какъ требованія жизни тутъ встрѣчаютъ почти неопреодолимыя препятствія въ установившихся цивилистическихъ понятіяхъ. Въ области промышленнаго труда особенно часто и обильно возникаютъ ассоціаціи временнаго или постояннаго характера, не укладывающіяся ни въ одну изъ типичныхъ формъ, извѣстныхъ современному гражданскому праву. Скрѣпляющій ихъ цементъ—солидарность профессіональныхъ интересовъ и потребность въ ихъ дружной защитѣ — оказывается настолько сильнымъ, что дѣлаетъ съ точки зрѣнія заинтересованныхъ лицъ излишнимъ или по крайней мѣрѣ не безусловно необходимымъ облеченіе союза въ ту или другую правовую форму. Такія ассоціаціи тѣмъ не менѣе и во внутреннихъ своихъ отношеніяхъ и во внѣшнихъ выступленіяхъ смотрятъ на себя не какъ на сумму отдѣльныхъ лицъ, а какъ на единую соціальную величину. Они рѣшаютъ свои дѣла по большинству голосовъ, устраиваютъ собранія, на которыхъ принимаютъ тѣ или другія обязательныя для членовъ постановленія, выбираютъ уполномоченныхъ, нерѣдко имѣютъ выборные органы, кассы, библіотеки и т. д. Представимъ себѣ теперь, что такая юридически аморфная, безформенная группа заключаетъ тарифный договоръ—явленіе чрезвычайно частое въ западной Европѣ и уже не разъ имѣвшее мѣсто у насъ; имѣетъ ли онъ обязательную силу и для кого именно? Для разрѣшенія этого вопроса необходимо различать ассоціаціи, возникающія ad hoc для заключенія даннаго тарифнаго договора,

отъ постоянныхъ ассоціацій. Теорія гражданскаго права не знаетъ другихъ субъектовъ правъ, кромѣ физическихъ и юридическихъ лицъ, и не знаетъ другихъ формъ произвольнаго соединенія нѣсколькихъ лицъ въ одно юридическое цѣлое, кромѣ товарищества и корпораціи или союза. Товарищества могутъ составляться для заключенія *одного* договора, для выполненія *одной* какой-нибудь конкретно-опредѣленной задачи; но для возникновенія корпораціи или союза требуется наличность постоянной цѣли, общей задачи, не исчерпывающейся какимъ-нибудь однимъ дѣйствіемъ. Поэтому случайныя коалиціи, не основанныя на договорѣ товарищества, съ точки зрѣнія гражданскаго права представляютъ собою ничто иное, какъ механическое соединеніе отдѣльныхъ лицъ, и заключенные ими договоры порождаютъ права и обязанности только для этихъ лицъ и лишь настолько, насколько изъ содержанія договора вытекаетъ соотвѣтствующее намѣреніе каждаго изъ нихъ. Коллектива, какъ цѣлаго, юридически тутъ не существуетъ, и контрагенты, хотя и дѣйствовавшіе совмѣстно или черезъ общаго представителя, другъ за друга не отвѣчаютъ, если такая отвѣтственность ими не была спеціально установлена. Примѣры такихъ тарифныхъ договоровъ, заключенныхъ группою рабочихъ, не имѣющихъ постоянной организаціи, напр. рабочими даннаго завода со своимъ хозяиномъ, или выборными отъ рабочихъ всѣхъ однородныхъ заводовъ даннаго города, встрѣчаются, какъ мы уже видѣли, и въ нашей практикѣ. Права и обязанности тутъ, повторяю, пріобрѣтаютъ только физическія лица, отъ имени которыхъ договоръ заключенъ.

Возьмемъ теперь второй случай, когда тарифный договоръ заключенъ не съ образовавшеюся ad hoc ассоціаціею, а съ организованнымъ союзомъ. Тогда разрѣшеніе вопроса о его способности быть стороною договора зависитъ отъ постановки его въ положительномъ правѣ, такъ какъ отдѣльныя законодательства существенно расходятся между собою. Тутъ именно сказывается трудность умѣстить разнообразныя по характеру и цѣлямъ ассоціаціи, которыми такъ богата промышленная жизнь современныхъ государствъ, въ трафаретахъ гражданскаго права: товарищество и юридическое лицо. Къ тому же яркая демаркаціонная линія, проведенная между этими двумя правовыми типами римскимъ правомъ и романистическою юриспруденціею, въ современной жизни почти стерлась. Товарищество—по крайней мѣрѣ торговое—прониклось корпоративнымъ духомъ, его существованіе по новѣй-

шимъ законодательствамъ можетъ не зависѣть отъ личнаго состава, его имущество можетъ не сливаться безраздѣльно съ имуществомъ товарищей, а нерѣдко составляетъ самостоятельное цѣлое и т. д. Вслѣдствіе этого сфера союзныхъ образованій, имѣющихъ корпоративный характеръ, значительно расширилась, и одинаковое отношеніе законодательства къ нимъ, въ виду ихъ различнаго экономическаго и политическаго значенія и разнообразія преслѣдуемыхъ ими цѣлей, стало невозможнымъ. Въ зависимости отъ того, преслѣдуютъ ли союзы экономическія (полученіе прибыли) или неэкономическія (идеальныя) цѣли, условія ихъ возникновенія опредѣляются закономъ неодинаково: для однихъ по общему правилу требуется разрѣшеніе правительства (концессіонная система), для другихъ большею частью достаточно представленіе доказательствъ, что союзъ удовлетворяетъ извѣстнымъ формальнымъ требованіямъ и не угрожаетъ интересамъ государства или общества (явочная система). Но жизнь не подчиняется этимъ рамкамъ; существованіе множества ассоціацій экономическаго и неэкономическаго характера съ корпоративною организаціею, несмотря на несоблюденіе ими условій, требуемыхъ для пріобрѣтенія юрид. личности, составляетъ несомнѣнный и непреложный фактъ. Торговыя товарищества разныхъ видовъ, существованіе которыхъ зиждется на одномъ только договорѣ, обнаруживаютъ явное стремленіе выступать въ оборотѣ, какъ самостоятельные субъекты съ обособленной имущественной сферою. По мѣрѣ того, какъ это имъ удается, теорія и законодательства, отрицающія за ними свойство юридическаго лица, все болѣе теряютъ почву подъ ногами. Въ странахъ съ развитою общественною и хозяйственною жизнью возникаютъ безъ всякихъ формальностей многочисленныя ассоціаціи, преслѣдующія постоянныя задачи религіознаго, политическаго или соціальнаго характера и представляющія собою не только ясно распознаваемыя, но и весьма крупнаго масштаба соціальныя явленія, съ которыми волею-неволею приходится считаться. Эти „associations de pur fait“ не только не удовлетворяютъ условіямъ для признанія ихъ юридическими лицами, они нерѣдко сознательно уклоняются отъ положенія послѣднихъ, опасаясь сопряженной съ нимъ имущественной отвѣтственности за дѣйствія своихъ органовъ и членовъ и правительственнаго контроля. Такъ поступаютъ, напр. въ Англіи и Германіи профессіональные союзы рабочихъ, во Франціи — многія религіозныя конгрегаціи и др. Каково же отношеніе положительнаго права къ этимъ liberi pa-

turales гражданскаго оборота, къ этимъ незаконнорожденнымъ союзамъ?

Въ цѣломъ рядѣ государствъ право свободнаго образованія союзовъ признается положительнымъ закономъ [1]). Англо-американскія законодательства не содержатъ такого положенія, но свобода союзовъ тамъ выводится практикою изъ общихъ принциповъ права, въ частности изъ принципа свободы личности. Однако, не всякій дозволенный закономъ частноправовой союзъ есть юридическое лицо; для этого, какъ мы уже говорили, требуется выполненіе извѣстныхъ формальностей или наличность опредѣленныхъ матеріальныхъ условій. Союзы, не удовлетворяющіе этимъ условіямъ, или запрещаются подъ угрозою уголовной кары, какъ, напр., у насъ въ Россіи, или игнорируются законодателемъ, или надѣляются ограниченною правоспособностью. Профессіональные союзы въ нѣкоторыхъ государствахъ, какъ, напр., въ Англіи, Франціи и Бельгіи, составляютъ предметъ спеціальнаго закона; въ остальныхъ они раздѣляютъ судьбу всѣхъ ассоціацій, не обладающихъ юридическою личностью съ точки зрѣнія гражданскаго права. Англійскій законъ 1871 года (the Trade Unionsact, дополненный въ 1876 г.) допускаетъ свободное образованіе профессіональныхъ организацій. Только право тредъюніоновъ пріобрѣтать недвижимое имѣніе въ опредѣленномъ размѣрѣ и на имя довѣреннаго лица „trustee“ [2]),—предъявлять отъ своего имени иски и дѣлать вклады въ кредитныхъ учрежденіяхъ, обусловлено представленіемъ устава и соблюденіемъ нѣкоторыхъ другихъ формальностей, выполненіе которыхъ однако все же еще не дѣлаетъ ихъ юридическими лицами [3]). Во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ никакой разницы между зарегистрованными и незарегистрованными союзами нѣтъ: сдѣлки тѣхъ и другихъ имѣютъ обязательную силу и пользуются судебною защитою, за исключеніемъ спеціально указанныхъ въ

---

[1]) Напр. во Франціи, Италіи, Бельгіи; къ нимъ въ послѣднее время присоединилась также Германія закономъ 19 апрѣля 1908 г. о союзахъ и собраніяхъ.

[2]) Въ случаѣ выхода или исключенія этого лица и т. п. оно безъ всякихъ формальностей по указанію органовъ союза замѣняется другимъ trustee (art. 8).

[3]) Колебанія въ судебной практикѣ и острыя столкновенія въ жизни вызывалъ вопросъ объ имущественной отвѣтственности тредъюніоновъ за деликты ихъ органовъ. Вопросъ разрѣшенъ знаменитымъ Trade dispute act. 1906 г. въ отрицательномъ смыслѣ.

законѣ случаевъ. Къ этимъ исключеніямъ принадлежатъ, между прочимъ, договоры, имѣющіе своимъ предметомъ установленіе ставокъ заработной платы, обязательные членскіе взносы и неустойки. Разумѣется, что и тарифные договоры, устанавливающіе подобныя обязательства, не пользуются судебною защитою, но мы уже знаемъ, что англійскіе тредъюніоны этимъ не особенно тяготятся.

Французскій законъ 1884 г. о профессіональныхъ союзахъ (синдикатахъ) оставляетъ вопросъ о возможности заключенія нерегистрованными союзами договоровъ, о силѣ этихъ сдѣлокъ и о правѣ такихъ союзовъ выступать на судѣ въ качествѣ стороны—открытымъ. Ст. 9 закона 1884 г. угрожаетъ денежными штрафами за образованіе обществъ безъ соблюденія законныхъ условій и предоставляетъ суду закрывать ихъ, если въ назначенный срокъ дефекты не будутъ восполнены. По мнѣнію судебной практики [1]), это обстоятельство однако не колеблетъ дѣйствительности сдѣлокъ, заключенныхъ нелегальными союзами. Хотя позднѣйшій законъ 1901 г. и лишаетъ associations non déclarées правоспособности, судебная практика осталась на прежней точкѣ зрѣнія, т. е. признаетъ попрежнему юридическую силу коллективныхъ договоровъ, заключенныхъ нелегализованными союзами, и предоставляетъ имъ право искать и отвѣчать на судѣ, мотивируя это тѣмъ, что законъ 1901 г. не можетъ имѣть примѣненія къ синдикатамъ.

Въ Германіи [2]) нѣтъ общеимперскаго закона о профессіональныхъ союзахъ. До 1900 г. тамъ боролись два направленія: одни высказывались за примѣненіе къ нелегализованнымъ союзамъ положеній о товариществахъ, другіе настаивали на необходимости относиться къ нимъ, какъ къ корпораціямъ, когда это соотвѣтствуетъ ихъ характеру и не противорѣчитъ закону. Практика (особенно имперскаго суда) склонялась ко второму взгляду, допуская пріобрѣтеніе подобными союзами имущественныхъ правъ на свое имя,

---

[1]) Raynaud, Le contrat collectif de travail, p. 226 слѣд., Misset, Contrat collectif, p. 30 сл. Въ литературѣ этотъ вопросъ вызываетъ разногласія. См. Pic, Traité élementaire de lègisl. industrielle, § 272 сл., его же Capacité civile des syndicats professionels въ Revue trim. за 1902 г., Cruet, Le Syndicat personne morale (Paris, 1908) p. 24 сл., Rundstein, ук. соч., p. 10 сл.

[2]) О положеніи этихъ союзовъ до 1900 г. см. Gierke, Genossenschaftstheorie стр. 37 — 141 и въ частности о професс. союзахъ. Thorndicke, Zur Rechtsfähigkeit der deutschen Arbeiterberufsvereine, а послѣ изданія BGB.: Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit 2-te Aufl. 1902, Rosenberg, Das Vereinsrecht des BGB. Berl. 1903.

предъявленіе ими исковъ и ограниченіе отвѣтственности по обязательствамъ союза корпоративнымъ имуществомъ [1]). Уложеніе 1896 г., наоборотъ, рѣшительно стало на первую точку зрѣнія. Различая зарегистрованные и незарегистрованные союзы, оно предписываетъ примѣнять къ послѣднимъ постановленія о товариществахъ; только въ роли отвѣтчиковъ въ процессѣ они въ интересахъ кредиторовъ приравниваются къ корпораціямъ (ст. 54). Швейцарское уложеніе сдѣлало еще одинъ шагъ впередъ: оно не требуетъ вовсе регистраціи неэкономическихъ союзовъ; для признанія юридической личности достаточна наличность устава, въ которомъ выражена воля быть корпораціею. Однако союзы безуставные по примѣру BGB разсматриваются и швейцарскимъ уложеніемъ, какъ товарищества (ст. 62).

Насильственное превращеніе союза въ товарищество не можетъ быть признано удачнымъ разрѣшеніемъ вопроса, а составляетъ безполезную и стѣснительную для оборота фикцію. Союзъ съ корпоративною организаціею не есть и не хочетъ быть товариществомъ, а его уставъ, если таковой имѣется, не то же самое, что товарищескій договоръ. Практика имперскаго суда и особенно промышленныхъ судовъ, повидимому, и не склонна отказаться отъ продиктованной самою жизнью тенденціи видѣть въ нелегальныхъ союзахъ не товарищества, а корпораціи. И въ этомъ отношеніи она встрѣчаетъ дѣятельную поддержку въ юридической литературѣ [2]). Въ частности вопросъ о дѣйствительности тарифныхъ договоровъ, заключенныхъ союзами, не обладающими юридическою личностью, ни въ Германіи, ни въ Швейцаріи сомнѣній не вызываетъ. Эти союзы однако стѣснены въ томъ отношеніи, что для предъявленія иска должны представлять или товарищескій договоръ, или довѣренность отъ всѣхъ членовъ и должны поименно перечислять ихъ въ исковомъ прошеніи, что, конечно, весьма неудобно. Несмотря на стѣснительность этихъ требованій, около $^2/_3$ всѣхъ

---

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie. p. 57, Eneccerns, Lehrb., I, p. 257 (4-te Aufl.).

[2]) Іенскій профессоръ и бывшій юристъ-практикъ Данцъ въ № 7 Deutsche Juristenzeitung рекомендуетъ судамъ во всѣхъ случаяхъ, когда договоръ заключенъ незарегистрованнымъ союзомъ, исходить изъ того предположенія, что стороны имѣли въ виду ограничить отвѣтственность за долги однимъ корпоративнымъ имуществомъ, т. е. держаться точки зрѣнія прямо противоположной той, на которой стояли составители уложенія. Contra, Rümelin въ Arch. f. civ: Praxis, Bd, 101, p. 361. Ср. Gierke, Vereine, p. 35.

тарифныхъ договоровъ заключается незарегистрованными союзами и послѣдніе не обнаруживаютъ склонности къ пріобрѣтенію правъ юридическаго лица со всѣми вытекающими отсюда въ настоящее время послѣдствіями.

У насъ общества и союзы, не удовлетворяющіе закону 4 марта 1906 года, т. е. незарегистрованные, не только лишены правоспособности, но преслѣдуются уголовнымъ закономъ. Согласно ст. 20 этого закона, „право... заключать договоры, вступать въ обязательства, а равно искать и отвѣчать на судѣ предоставляется лишь тѣмъ обществамъ, кои зарегистрированы въ установленномъ порядкѣ на основаніи особаго устава". У насъ, слѣдов., непризнанныя общества не могутъ быть стороною тарифнаго договора.

Все сказанное приводитъ насъ къ такому выводу: случайныя ассоціаціи, образующіяся ad hoc для заключенія тарифнаго договора, какъ таковыя, не пріобрѣтаютъ изъ него правъ и обязанностей. Постоянныя ассоціаціи могутъ быть стороною тарифнаго договора, насколько они положительнымъ закономъ не лишены правоспособности, независимо отъ того, признается ли за ними свойство юридическаго лица или нѣтъ. У насъ же стороною тарифнаго договора можетъ быть только коллективъ, представляющій собою легализованное общество или гражданско-правовое товарищество; во всѣхъ другихъ случаяхъ это будетъ либо простая множественность лицъ, юридически ничѣмъ между собою не связанныхъ, либо преступное сообщество.

Выяснивъ вопросъ о сторонахъ тарифнаго договора, посмотримъ теперь, каково пространство его дѣйствія. Въ жизни обнаруживается явная тенденція сблизить эффектъ генеральной нормировки будущихъ договоровъ, осуществляемой посредствомъ коллективнаго соглашенія, съ эффектомъ нормъ объективнаго права. По мѣсту дѣйствія различаютъ фирменные тарифы, распространяющіеся на одно опредѣленное предпріятіе, мѣстные, охватывающіе однородныя предпріятія одного или нѣсколькихъ смежныхъ мѣстъ, и національные или генеральные, простирающіеся на промышленный районъ или на всю страну. Труднѣе опредѣлить кругъ лицъ, на которыхъ простираетъ свое дѣйствіе тарифный договоръ. Для достиженія послѣднимъ своей соціальной цѣли чрезвычайно важно, чтобы возможно большее количество лицъ, принадлежащихъ къ извѣстной профессіональной группѣ, имъ связывались и несли отвѣтственность въ случаѣ нарушенія тарифа. Эта экспансивная тенденція не осталась безъ вліянія на юридическую конструкцію

института. Она породила стремленіе найти почву для признанія стороною договора не союза, его заключившаго,—по крайней мѣрѣ не только союза,—а всѣхъ лицъ прикосновенныхъ къ данной профессіональной группѣ. На этой почвѣ сложились теоріи мандата и договора въ пользу третьихъ лицъ, о которыхъ мы уже упомянули. По первой теоріи союзъ заключаетъ договоръ или въ качествѣ представителя своихъ членовъ, или одновременно въ качествѣ такового и вмѣстѣ съ тѣмъ отъ своего имени, причемъ основаніе представительства сторонники этой теоріи находятъ либо въ законѣ, либо въ явномъ и молчаливомъ полномочіи, либо въ послѣдующемъ одобреніи. О законномъ представительствѣ говорятъ преимущественно французскіе юристы, ссылаясь на то, что профессіональные союзы по закону 1884 года имѣютъ право и обязанность защищать профессіональные интересы своихъ членовъ, и что заключеніе тарифныхъ договоровъ отъ имени послѣднихъ является однимъ изъ способовъ этой защиты. Такое соображеніе можно было бы примѣнить и къ нашему праву, но оно по существу неправильно. Заключать договоры въ интересахъ другихъ лицъ и отъ ихъ имени — не одно и то же. Союзъ и отдѣльные его члены съ точки зрѣнія гражданскаго права суть разныя лица и не могутъ дѣйствовать одинъ отъ имени другого безъ надлежащаго полномочія, а законная обязанность защищать интересы другого не заключаетъ въ себѣ полномочія на совершеніе отъ его имени сдѣлокъ. Теорія молчаливаго порученія построена на презумпціи согласія членовъ союза, но она намъ совершенно не объясняетъ, какимъ образомъ могутъ проистекать права и обязанности изъ тарифнаго договора, заключеннаго союзомъ, для лицъ, голосовавшихъ въ общемъ собраніи противъ его заключенія или же не участвовавшихъ вовсе въ голосованіи; вѣдь, съ ихъ стороны, очевидно, не послѣдовало ни явнаго, ни молчаливаго изъявленія согласія. Сторонники теоріи представительства для обхода этого затрудненія прибѣгаютъ къ двумъ весьма рискованнымъ пріемамъ: одни [1]) примѣняютъ сюда германскую фигуру Gesammthandverhältniss, при которой множественность лицъ признается субъектомъ права безраздѣльно и безъ нарушенія его единства. Другіе [2]) гово-

---

[1]) Напр. Sinzheimer въ Gewerbegericht. X, Sp. 380 ff., Rundstein, p. 80 (неясно). Contra Schall, ук. соч., p. 98 и 162 сл.

[2]) Schall, ук. соч., p. 75 сл. Rundstein, p. 75. Contra Baum въ Beitr. p. 270 сл., Wölbling, Accordvertrag und Tarifvertrag, p. 362

рятъ, что союзъ дѣйствуетъ какъ представитель не тѣхъ или другихъ индивидуально-опредѣленныхъ лицъ, а лицъ, опредѣленныхъ родовымъ признакомъ, напр. принадлежностью къ союзу, къ данной профессіи, состояніемъ рабочаго извѣстнаго предпріятія и т. п. Мы не будемъ входить въ подробный анализъ этихъ построеній, ибо съ точки зрѣнія нашего права они во всякомъ случаѣ непріемлемы. Gesammthandverhältniss въ области обязательственнаго права у насъ мыслимо только какъ солидарное отношеніе, а солидарность по нашему закону не предполагается; она должна вытекать изъ закона или изъ юридической сдѣлки, сознательно направленной на ея установленіе.

Представительство неопредѣленныхъ лицъ у насъ, какъ впрочемъ и повсюду, допустимо настолько, насколько вообще субъектъ правоотношенія можетъ быть неопредѣленнымъ. Представитель одной стороны можетъ не указывать, не называть тѣхъ лицъ, отъ имени которыхъ онъ дѣйствуетъ, если другая сторона этого не требуетъ. Мыслимы, пожалуй, даже и такіе случаи, когда представитель самъ точно не знаетъ, отъ чьего имени онъ дѣйствуетъ. М. Рюмелинъ [1]), посвятившій вопросу объ animus incertus при представительствѣ особую статью, приводитъ такой примѣръ: агентъ состоитъ представителемъ нѣсколькихъ фирмъ. Покупая партію хлѣба „за счетъ того, кого оно касается“ (такая формула часто употребляется въ торговомъ быту) онъ самъ еще не знаетъ, на чей счетъ онъ отнесетъ эту покупку. Рюмелинъ говоритъ, что такая неопредѣленность не вредитъ сдѣлкѣ, если по намѣреніямъ сторонъ личность представляемаго должна впослѣдствіи выясняться въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ конкретныхъ обстоятельствъ. Обстоятельства эти могутъ быть субъективно неизвѣстны представителямъ, но они должны объективно существовать въ моментъ заключенія сдѣлки. Поэтому агентъ не дѣйствуетъ въ качествѣ представителя, если онъ вообще ни отъ кого не получалъ порученія купить хлѣбъ. Въ примѣненіи къ тарифному договору это значитъ, что союзъ, дѣйствуя отъ имени своихъ членовъ можетъ ихъ не перечислять, если другая сторона этого не требуетъ, но, во-первыхъ, изъ сдѣлки должно вытекать съ несомнѣнностью, что онъ дѣйствуетъ отъ чужого имени и, во-вторыхъ, его право обязывать представляемыхъ имъ лицъ должно существовать въ мо-

[1]) Archiv f. civ. Pr. Bd. 93, p. 198 и 220 ff. Др. мн. Hellwig, Vertr. auf Leistung an Dritte, p. 243 ff. Ср. Dernburg, Preuss. Privatr. II, § 13.

ментъ совершенія договора. Разъ этихъ условій нѣтъ, нельзя говорить ни о гласномъ, ни о негласномъ представительствѣ.

Еще болѣе свободно сторонники теоріи представительства обращаются съ понятіемъ о послѣдующемъ одобреніи. Такъ, нѣкоторые изъ нихъ, слѣдуя за Лотмаромъ [1]), усматриваютъ молчаливое присоединеніе къ тарифному договору не только во вступленіи въ члены союза, но уже въ томъ обстоятельствѣ, что въ районѣ его дѣйствія двое заключаютъ рабочій договоръ на тарифныхъ условіяхъ. Съ этимъ однако невозможно согласиться, такъ какъ заключеніе одного договора на тарифныхъ условіяхъ еще не доказываетъ намѣренія сторонъ обязываться къ соблюденію тѣхъ же условій при заключеніи ими дальнѣйшихъ договоровъ. Но Лотмаръ [2]) идетъ еще дальше, онъ утверждаетъ, основываясь единственно на экспансивной тенденціи, присущей тарифному договору, что лица, принадлежащія къ той соціальной группѣ, отъ имени которой онъ заключенъ, должны быть признаны молчаливо подчинившимися его нормамъ, во всѣхъ случаяхъ, когда въ заключенныхъ ими индивидуальныхъ рабочихъ договорахъ противоположное намѣреніе не выражено expressis verbis. У лицъ, вступающихъ въ промышленный рабочій договоръ, говоритъ Лотмаръ, можно предположить намѣреніе по всѣмъ тѣмъ вопросамъ, о которыхъ они умалчиваютъ, находиться въ одинаковомъ положеніи со своими товарищами по профессіи, т. е. подчиниться общимъ правиламъ. Эти правила устанавливаются, по мнѣнію Лотмара, либо объективнымъ правомъ, либо тарифнымъ договоромъ. При сомнѣніи слѣдуетъ предположить, что стороны молчаливо подчинились тарифу, установленному ихъ товарищами по профессіи. Лотмаръ однако упускаетъ изъ виду, что современная наука и положительное право допускаютъ подобную презумпцію только относительно обычаевъ оборота. Заинтересованныя лица не могутъ быть избавлены отъ необходимости въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказать, что стороны признали тарифныя условія для себя обязательными, или же что эти условія для данной мѣстности или круга лицъ имѣютъ силу правового обычая. Нерѣдко оно именно такъ и бываетъ: тарифъ выражаетъ то, что въ данной средѣ признается нормальнымъ и обязательнымъ. Женевскій законъ и фран-

---

[1]) Arbeitsvertrag. I, p. 799, Rundstein, p. 172. Contra Schall, p. 96, Köppe, p. 69.

[2]) Arch. f. soz. Gesetzg. u. St. Bd. XV, p. 84 сл. Arbeitsvertrag, I, p. 799.

цузскій законопроектъ о коллективномъ договорѣ устанавливаютъ презумпцію, что тарифъ при сомнѣніи имѣетъ значеніе обычая; но тамъ, гдѣ въ законѣ этого указанія нѣтъ, такое значеніе предполагаться не можетъ, и пробѣлы индивидуальнаго договора не могутъ произвольно восполняться тарифными условіями.

Теоріи мандата такимъ образомъ не удалось осилить препятствія къ распространенію правъ и обязанностей изъ заключеннаго союзомъ тарифнаго договора на его членовъ при отсутствіи соотвѣтственнаго съ ихъ стороны волеизъявленія. — Не болѣе утѣшительные результаты даетъ теорія договора въ пользу третьяго лица. Съ этою теоріею не вяжется то обстоятельство, что тарифный договоръ есть договоръ двухсторонній, что каждая сторона пріобрѣтаетъ не только права, но и обязанности, а обремененіе третьихъ лицъ ужъ никоимъ образомъ не можетъ имѣть мѣста безъ прямого ихъ на то согласія. Далѣе, управомоченное третье лицо по общему правилу можетъ освободить промитента отъ исполненія принятыхъ по отношенію къ нему обязательствъ, — слѣдовательно, также отъ обязанности къ соблюденію тарифныхъ условій. Но тогда практическое значеніе тарифныхъ договоровъ свелось бы къ нулю. Наша судебная практика придерживается того взгляда, что третьи лица пріобрѣтаютъ установленныя въ ихъ пользу права лишь въ случаѣ и съ момента выраженнаго ими согласія. Слѣдовательно, у насъ не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы члены союза безъ особаго волеизъявленія лично управомочивались и тѣмъ болѣе обязывались тарифнымъ договоромъ, состоявшимся безъ ихъ участія.

То же стремленіе способствовать успѣшному выполненію тарифнымъ договоромъ его соціальныхъ функцій отразилось на ученіи о его правовыхъ послѣдствіяхъ. Какъ мы уже знаемъ, изъ него вытекаетъ для всѣхъ участниковъ обязанность воздержаться отъ какихъ бы то ни было дѣйствій, противорѣчащихъ его содержанію, и—въ частности—для союзовъ, заключившихъ договоръ отъ своего имени, обязанность всѣми доступными мѣрами склонять своихъ членовъ къ соблюденію тарифныхъ условій. Спрашивается, какія же послѣдствія влечетъ за собою нарушеніе этихъ обязанностей? Лотмаръ, который и тутъ, какъ во многихъ другихъ вопросахъ, смѣло и энергично идетъ навстрѣчу требованіямъ жизни, и вслѣдъ за нимъ, главнымъ образомъ, Рундштейнъ, выставляютъ такое положеніе: условія тарифнаго договора автоматически вытѣсняютъ и замѣняютъ противотарифное содержаніе инди-

видуальнаго рабочаго договора между двумя лицами, связанными тарифомъ. Въ подтвержденіе этого положенія Лотмаръ и его сторонники приводятъ три соображенія: 1) намѣреніе сторонъ тарифнаго договора направлено именно на абсолютное дѣйствіе, на то, чтобы содержаніе эвентуальныхъ рабочихъ договоровъ стояло внѣ зависимости отъ воли отдѣльныхъ участниковъ, которымъ только остается рѣшить „das ob und nicht das wie“, т. е. вступать или не вступать въ рабочій договоръ, но не предоставлено измѣнить ими же заранѣе опредѣленныя условія; 2) тарифъ установленъ не отдѣльными лицами, а коллективомъ, какъ таковымъ; это не lex sibi dicta, а преграда, воздвигнутая всею группою сообща, которая не можетъ быть низложена соглашеніемъ отдѣльныхъ лицъ; 3) послѣднее соображеніе относится не ко всѣмъ законодательствамъ, а только къ тѣмъ изъ нихъ, которыя признаютъ неотмѣняемость правилъ внутренняго распорядка; разъ, говоритъ Лотмаръ, правила, исходящія отъ одной договорной стороны, признаются неотмѣняемыми, то a fortiori можно заключить, что законъ признаетъ такую же силу за условіями, заранѣе установленными по взаимному соглашенію обоихъ контрагентовъ.

Мы по необходимости ограничимся самою бѣглою оцѣнкою этихъ доводовъ. Что абсолютное дѣйствіе тарифнаго договора соотвѣтствуетъ практической цѣли и намѣреніямъ сторонъ, это вѣрно, но осуществимо ли это намѣреніе средствами гражданскаго права? Какъ тарифный, такъ и индивидуальный рабочій договоръ—отдѣльно взятые—представляютъ собою закономѣрную юридическую сдѣлку. Спрашивается, можно ли договорнымъ соглашеніемъ заранѣе лишить правового эффекта позднѣйшій договоръ между тѣми же лицами? Римляне дали на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ (ср. напр. Dig. 32 l. 22 pr.); едва ли другой отвѣтъ возможенъ также съ точки зрѣнія современнаго гражданскаго права, кромѣ случаевъ, прямо предусмотрѣнныхъ закономъ. Въ самомъ дѣлѣ, всякій договоръ дѣйствителенъ, если и насколько онъ не выходитъ изъ установленныхъ объективнымъ правомъ рамокъ договорной свободы; но договорная свобода сама по себѣ, хотя она нерѣдко въ практической жизни и составляетъ фикцію, призракъ, все же не можетъ быть предметомъ соглашенія, предметомъ частнаго распоряженія. Обязательство по общему правилу порождаетъ право на чужое дѣйствіе, но оно не способно непосредственно породить недѣйствительность или юридическую иррелевантность идущихъ въ разрѣзъ съ нимъ позднѣйшихъ воле-

изъявленій [1]), потому что свобода хозяйственнаго самоопредѣленія по господствующимъ въ настоящее время воззрѣніямъ неотчуждаема, и ея общіе предѣлы устанавливаются не соглашеніемъ частныхъ лицъ, а объективнымъ правомъ. Слѣдовательно, то обстоятельство, что индивидуальный договоръ противорѣчитъ раньше состоявшемуся коллективному соглашенію, что онъ нарушаетъ обязательства, раньше принятыя контрагентами передъ другими лицами, хотя и влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія, но не лишаетъ его правового эффекта, не дѣлаетъ его ipso jure недѣйствительнымъ. Для этого необходимо, чтобы онъ противорѣчилъ закону или добрымъ нравамъ, чтобы онъ лежалъ внѣ сферы юридически или фактически возможнаго.

По тѣмъ же основаніямъ не можетъ быть признанъ правильнымъ второй доводъ Лотмара. Правда, договоръ, заключенный коллективомъ, не можетъ быть уничтоженъ отдѣльными членами, и отсюда, конечно, слѣдуетъ, что тарифный договоръ остается въ силѣ, несмотря на заключеніе противорѣчащихъ ему рабочихъ договоровъ, и что виновные должны нести послѣдствія своего неправомѣрнаго поведенія; на отсюда, однако, не можетъ быть сдѣланъ выводъ о недѣйствительности противотарифныхъ условій и объ абсолютной силѣ коллективнаго соглашенія.

Что касается, наконецъ, аналогіи съ правилами внутренняго распорядка, то Лотмаръ совершенно упускаетъ изъ виду, что ихъ неотмѣняемость основывается на спеціальномъ указаніи закона.

---

[1]) Лотмаръ (p. 181) утверждаетъ, что это общее правило допускаетъ исключенія и ссылается на ст. 339 и 168 BGB, но изъ этихъ статей не вытекаетъ, что частными соглашеніями можно лишать будущіе договоры правового эффекта при отсутствіи соотвѣтственнаго указанія въ законѣ. По словамъ Rundstein'a (Streitfragen, p. 55) „вытекающее изъ тарифнаго договора притязаніе на воздержаніе отъ заключенія противотарифныхъ договоровъ *можетъ только* выражаться въ томъ, что противотарифныя постановленія должны быть признаны als begrifflich nicht bestehend". Онъ этого однако ничѣмъ не доказываетъ, а только ссылается на то, что „обычные цивилистическіе маштабы непримѣнимы къ этому роду соглашеній", не поясняя, чѣмъ можно ихъ замѣнить при обсужденіи вопроса de lege lata. См. дальнѣйшую литер. вопроса у Wölbling'a, p. 388, Sinzheimer ч. II p. 78 сл., Köppe, p. 92, Douarche, p. 134 сл. Послѣдній ссылается на C.c. art. 1134 § 3 и 1135 т. е. на несоотвѣтствіе второго договора добрымъ нравамъ. См. по этому поводу Schall p. 164 сл. Ср. также Kohler, Lehrb. des bürg. Rechtes. I, p. 486 и его же Ideale im Recht въ Arch. f. b. R. Bd. V. p. 235, Wächter Pandekten, Bd. II, p. 19 сл.

Тамъ, гдѣ такого указанія въ законѣ нѣтъ, отступленія рабочаго договора отъ этихъ правилъ допускаются.

Отвергая абсолютное дѣйствіе тарифнаго договора de lege lata, ученые и практики почти единогласно высказываются за него de lege ferenda, и большинство законопроектовъ слѣдуетъ этому указанію. Однако изъ трехъ дѣйствующихъ въ настоящее время европейскихъ законовъ, регулирующихъ тарифный договоръ, ни одинъ пока абсолютнаго дѣйствія за нимъ не признаетъ. Въ женевскомъ кантонѣ и въ Австріи оно прямо отвергается; индивидуальные договоры тамъ сохраняютъ полную силу, хотя бы они и противорѣчили тарифу. Голландская новелла 1907 года предоставляетъ каждому заинтересованному лицу право оспаривать дѣйствительность рабочаго договора, содержащаго противотарифныя условія, если только оба контрагента состоятъ участниками коллективнаго соглашенія [1]). Но законъ не упоминаетъ объ автоматической замѣнѣ содержанія индивидуальнаго договора тарифомъ, и, слѣдовательно, договоръ остается въ силѣ, разъ никто подобнаго спора не возбуждаетъ. Нашъ законъ также не даетъ никакихъ основаній для признанія неотмѣняемости тарифнаго договора. Ограниченіе договорной свободы путемъ частныхъ соглашеній противорѣчитъ духу нашего закона, запрещающаго напр. договоры, ограничивающіе вступленіе въ бракъ, или завѣщательную свободу, не допускающаго отказа отъ судебной защиты и подчеркивающаго въ ст. 1530, что договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя.

Если такимъ образомъ ни общія положенія права, ни дѣйствующія законодательства не оправдываютъ принятія автоматической теоріи Лотмара, то центръ тяжести практическаго значенія тарифнаго договора переносится на вопросъ, насколько невыгоды, сопряженныя съ его нарушеніемъ, способны удерживать нарушителей. О фактическихъ послѣдствіяхъ, т. е. о тѣхъ соціальныхъ мѣрахъ воздѣйствія, которыми располагаютъ союзы и коллективы по отношенію къ контрагентамъ и къ своимъ членамъ, говорить не приходится. Замѣчу только, что въ самомъ тарифномъ дого-

[1]) Подробнѣе объ этомъ законѣ см. мою статью въ „Правѣ“ за 1908 г. №№ 33 и 34 и объ отношеніи различныхъ законопроектовъ къ вопросу о неотмѣняемости статью г. Войтинскаго въ Вопросахъ Обществовѣдѣнія т. I, стр. 12 сл.

ворѣ обыкновенно указываются пути и способы для предотвращенія стачекъ, локаутовъ и др. насильственныхъ мѣръ. Стороны въ случаѣ разногласія относит. толкованія, а также въ случаѣ нарушенія тарифныхъ договоровъ обязываются обращаться къ посредничеству и къ третейскому суду, и только, когда всѣ средства исчерпаны, допускается примѣненіе боевыхъ способовъ. Что касается юридическихъ послѣдствій нарушенія договора, то они неодинаковы въ различныхъ государствахъ и зависятъ отъ большаго или меньшаго совершенства судебной реакціи противъ нарушенія договоровъ вообще и въ частности противъ нарушенія отрицательныхъ обязательствъ, т. е. обязанности къ воздержанію.

Противъ нарушителей договора возможенъ прежде всего искъ объ исполненіи. Когда, напримѣръ, участникомъ тарифнаго договора заключенъ рабочій договоръ на противотарифныхъ условіяхъ или изданы несогласныя съ нимъ правила внутренняго распорядка или совершено другое нарушеніе, судъ можетъ постановить объ обязаніи виновныхъ прекратить рабочій договоръ, отмѣнить правила и т. д. Но тутъ мнѣнія ученыхъ и судебной практики расходятся по вопросу о томъ, можетъ ли судъ вмѣстѣ съ тѣмъ обязать отвѣтчика замѣнить нетарифныя условія рабочаго договора или правилъ тарифными. Такъ какъ обязанности заключать рабочіе договоры на тарифныхъ условіяхъ не существуетъ, а есть только обязанность воздержаться отъ противотарифныхъ, то правильнѣе на нашъ взглядъ отвѣтить на этотъ вопросъ отрицательно. Судъ выйдетъ изъ рамокъ своей задачи, если онъ, не ограничиваясь устраненіемъ правонарушенія, будетъ навязывать тяжущимся условія договора, не соотвѣтствующія ихъ желаніямъ.

Другое разногласіе касается вопроса о томъ, можетъ ли судъ, когда стороны не подчиняются его рѣшенію, напримѣръ, не прекращаютъ договора, не отмѣняютъ правилъ, въ свою очередь самъ сдѣлать соотвѣтственное постановленіе, т. е. объявить договоръ недѣйствительнымъ или правила отмѣненными. Изъ того, что мы раньше говорили, вытекаетъ и тутъ отвѣтъ отрицательный: волеизъявленіе не можетъ быть признано недѣйствительнымъ единственно на томъ основаніи, что оно нарушаетъ предшествующее соглашеніе. Въ распоряженіи большинства западныхъ судовъ имѣются однако весьма дѣйствительныя средства косвеннаго воздѣйствія на непокорныхъ отвѣтчиковъ: судъ можетъ по ходатайству истца, а иногда ex officio, предписывать и запрещать извѣстныя дѣйствія подъ угрозою денежныхъ штрафовъ или

тюремнаго заключенія. Этого въ большинствѣ случаевъ совершенно достаточно, чтобы заставить нарушителей тарифнаго договора подчиниться судебному рѣшенію.

Тѣми же средствами—угрозою штрафа и тюремнаго заключенія—предупреждаются будущія нарушенія, если только есть достаточныя основанія для подобныхъ опасеній. Когда, напримѣръ, заключенъ одинъ противотарифный договоръ, то этимъ путемъ предупреждается повтореніе.

Второй предметъ иска — возмѣщеніе убытковъ. Тутъ рѣчь идетъ прежде всего о матеріальныхъ убыткахъ, размѣръ которыхъ въ данномъ случаѣ трудно, а иногда даже невозможно опредѣлить, если только стороны этого сами не сдѣлали въ видѣ договорной неустойки. На практикѣ къ неустойкѣ прибѣгаютъ очень рѣдко, такъ какъ опасность отвѣчать за чужіе грѣхи при тарифномъ договорѣ слишкомъ велика для того, чтобы легкомысленно пользоваться столь острымъ оружіемъ. Еще труднѣе, конечно, оцѣнить ущербъ нематеріальный, нравственный. Поэтому только тамъ, гдѣ законъ допускаетъ присужденіе нематеріальнаго ущерба, предоставляя оцѣнку вреда судейскому усмотрѣнію, обязанность къ возмѣщенію вреда, причиненнаго нарушеніемъ отрицательной обязанности можетъ оказаться дѣйствительнымъ средствомъ противъ нарушенія тарифнаго договора. Иногда нарушеніе можетъ служить для другой стороны поводомъ отступиться отъ договора. Въ этомъ отношеніи онъ ничѣмъ не отличается отъ другихъ взаимныхъ договоровъ, и къ нему примѣняются общія положенія закона.

Право на предъявленіе исковъ, вытекающихъ изъ тарифнаго договора, по общему правилу принадлежитъ тому, чье право нарушено или нуждается въ судебномъ подтвержденіи. Поэтому, въ тѣхъ случаяхъ, когда контрагентомъ состоитъ неорганизованная группа, т. е. множество отдѣльныхъ лицъ, каждое изъ нихъ имѣетъ право на искъ, насколько дѣйствіями отвѣтчика нарушены его интересы. Но вопросъ осложняется, когда договоръ заключенъ правоспособнымъ коллективомъ отъ своего имени. Если нарушеніе тарифнаго договора причиняетъ прямой или косвенный ущербъ самому союзу, увеличивая, напр., необходимость въ матеріальной помощи членамъ, вопросъ о правѣ искать возмѣщенія убытковъ никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ; гораздо чаще, однако, нарушеніе отражается на матеріальныхъ интересахъ не союза, какъ такового, а отдѣльныхъ его членовъ. Работодатель,

напримѣръ, принимая рабочихъ на нетарифныхъ условіяхъ, косвенно лишаетъ остальныхъ рабочихъ возможности пользоваться выгодами тарифа. Не состоя съ нарушителемъ въ договорныхъ отношеніяхъ, потерпѣвшіе непосредственно не могутъ требовать возмѣщенія убытковъ. Спрашивается, можетъ ли это сдѣлать союзъ, и какъ опредѣляется въ такихъ случаяхъ размѣръ убытковъ? Французскіе юристы и судебная практика на это отвѣчаютъ [1]): союзъ имѣетъ искъ къ нарушителю, насколько противотарифными дѣйствіями нарушенъ общій, профессіональный интересъ. Союзъ, поэтому, можетъ требовать признанія наличности правонарушенія, запрещенія дальнѣйшихъ противотарифныхъ дѣйствій и возмѣщенія убытковъ причиненныхъ ему, какъ договорной сторонѣ, но ликвидировать личные убытки своихъ членовъ онъ права не имѣетъ. Планіоль [2]) рѣзко критикуетъ даже эту уступку требованіямъ жизни со стороны судебной практики, находя, что основаніемъ иска не можетъ служить профессіональный интересъ, а только интересъ союза, какъ юридическаго лица. Если такового нѣтъ, то въ силу аксіомы pas d'interêt, pas d'action, нѣтъ права на искъ. Германскіе ученые [3]) и суды перенесли вопросъ въ другую, болѣе широкую плоскость. Когда, спрашиваютъ они, и при какихъ условіяхъ вообще лицо, заключившее договоръ въ интересахъ третьяго, можетъ ликвидировать убытки, причиненные послѣднему нарушеніемъ договора, можетъ требовать по суду возмѣщенія этого ущерба? Эта проблема [4]) выходитъ далеко за предѣлы интересующаго насъ вопроса, и мы къ сожалѣнію не можемъ удѣлить ей того вниманія, котораго она заслуживаетъ. Для лучшаго уясненія сущности вопроса приведемъ нѣсколько примѣровъ: комиссіонеръ купилъ товаръ и обязалъ продавца доставить его комитенту; товаръ не былъ доставленъ или оказался недоброкачественнымъ. Отправитель чужого товара заключаетъ отъ своего имени договоръ съ перевозчикомъ; въ дорогѣ товаръ по винѣ перевозчика портится или пропадаетъ. Кто-нибудь съ разрѣшенія собственника ссужаетъ своему знакомому завѣдомо

---

[1]) Donarche, p. 160 сл., Pic Traitè, n°428.

[2]) Traitè de droit civil (4 изд.), t. II, n°2272 и Note Dalloz, 1898, II, 131.

[3]) Schall, p. 135 сл.

[4]) Обзоръ литературы и практики даетъ Регельсбергеръ въ Jhering's Jahrb. Bd. 41. См. также Crome, Part. Rechtsgeschäfte, p. 300 сл. и Syst. des bürg. Rechts, II, p. 75, Thur въ Zeitschrift. f. öff. und priv. Recht (Grünhut), Bd. 25, p. 529.

чужую вещь, а тотъ ее портитъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ договоръ заключается однимъ лицомъ, а убытки терпитъ другое. Кому и въ какомъ размѣрѣ виновникъ ущерба долженъ возмѣстить причиненный вредъ? Не можетъ ли онъ, спрашиваетъ Регельсбергеръ, на искъ своего контрагента отвѣтить: tua non interest (не ты понесъ убытокъ), а на искъ потерпѣвшаго: tecum non contraxi (съ тобою я не состою въ договорныхъ отношеніяхъ), и такимъ образомъ совершенно освободиться отъ отвѣтственности. Конечно, нѣтъ, говоритъ Регельсбергеръ, ибо такое рѣшеніе противорѣчило бы элементарнымъ требованіямъ справедливости. И съ этимъ согласны остальные немногочисленные изслѣдователи вопроса. Но они существенно расходятся въ формулировкѣ догматическаго принципа, на которомъ можетъ быть построено иное рѣшеніе, и по вопросу объ основаніи иска объ убыткахъ, о его предѣлахъ. По общему правилу договоръ порождаетъ права и обязанности только для лицъ, въ немъ участвующихъ, и для ихъ правопреемниковъ; одной фактической заинтересованности, одного рефлекторнаго воздѣйствія на чужую имущественную сферу недостаточно. Нѣкот. коррективомъ въ римскомъ правѣ служили actiones utiles и cessio legis, законный переходъ иска отъ контрагента къ неучаствовавшему въ сдѣлкѣ интересенту, но римскіе юристы не выработали общаго руководящаго начала о случаяхъ такого перехода, общаго матеріально-правового принципа. Предоставленіе интересенту иска или основывалось на прямомъ предписаніи закона, или допускалось преторомъ, въ видѣ исключенія, когда заинтересованное лицо aliter rem suam perdere poterat, др. сл., когда этого требовала практическая необходимость. Современное право не знаетъ перехода иска отдѣльно отъ защищаемаго права, а переходъ послѣдняго иначе какъ путемъ юридической сдѣлки допускается только въ точно опредѣленныхъ закономъ случаяхъ. Поэтому въ нашихъ примѣрахъ, вопреки мнѣнію фонъ Тура (р. 583), ни коммитентъ, ни собственники не могутъ искать возмѣщенія понесенныхъ ими убытковъ. И этого права не имѣютъ также члены союза, заключившаго тарифный договоръ отъ своего имени. Но могутъ ли искать возмѣщенія этихъ убытковъ сами контрагенты? Виндшейдъ [1]) на этотъ вопросъ отвѣчаетъ категорично и безъ дальнѣйшихъ объясненій: „Когда кредиторъ сдѣлался кредиторомъ въ интересахъ другого, его требованіе

[1]) Pandecten, § 258 къ № 19.

возмѣщенія убытковъ имѣетъ своимъ содержаніемъ ущербъ, понесенный этимъ другимъ". Въ примѣчаніи онъ прибавляетъ: „заключая договоръ въ интересахъ другого онъ дѣлаетъ его интересъ своимъ". Ученіе Виндшейда не встрѣтило сочувствія. Ему возразили, что отождествленіе интересовъ контрагента и потерпѣвшаго ведетъ къ несправедливому обремененію отвѣтчика. Когда, напр., онъ продалъ машину комиссіонеру-купцу, онъ, по теоріи Виндшейда, долженъ отвѣчать за то, что вслѣдствіе слишкомъ поздней доставки машинъ стоялъ заводъ коммитента-фабриканта. При опредѣленіи размѣра убытковъ,—въ томъ почти всѣ согласны—интересъ третьяго не можетъ служить надежною мѣркою, но не можетъ имъ служить также интересъ контрагента, ибо, если допустить противное, неисправному должнику придется отвѣчать, какъ это напр. утверждаетъ Гельвигъ [1]), только въ тѣхъ случаяхъ и въ тѣхъ размѣрахъ, въ которыхъ его контрагентъ отвѣчаетъ передъ потерпѣвшимъ третьимъ лицомъ. Литература вопроса находится въ довольно хаотическомъ состояніи, а законъ молчитъ, такъ что говорить о какомъ-нибудь общепризнанномъ мнѣніи въ наст. время нѣтъ возможности. При разрѣшеніи вопроса на нашъ взглядъ слѣдуетъ исходить изъ того положенія, что правовыя послѣдствія всякаго договора, насколько они не предусмотрѣны въ немъ самомъ и не предуказаны закономъ, должны опредѣляться сообразно съ практическою цѣлью, которая имѣлась въ виду сторонами или одною стороною съ вѣдома другой или обыкновенно преслѣдуется подобными договорами. Если эта общая посылка правильна, то изъ нея, кажется, могутъ быть выведены для нашего вопроса слѣдующія положенія:

1) Когда должникъ зналъ или долженъ былъ знать, что договоръ заключенъ въ интересахъ третьяго, вѣритель можетъ требовать отъ него исполненія въ пользу этого третьяго. Когда должникъ этого не зналъ, вѣритель можетъ требовать исполненія только себѣ лично. Въ свою же пользу онъ можетъ требовать уплаты неустойки, установленной на случай неисправности должника.

2) Возмѣщенія ущерба, причиненнаго третьему лицу неисправностью должника, контрагентъ можетъ требовать въ двухъ случаяхъ: а) когда онъ состоитъ съ третьимъ въ юридическихъ отношеніяхъ, дающихъ ему право или возлагающихъ на него

[1]) Verträge auf Leistung an Dritte, p. 82 сл.

обязанность защищать его интересы (тутъ уже безразлично, зналъ ли должникъ объ этихъ отношеніяхъ или нѣтъ); б) когда изъ содержанія договора или изъ обстоятельствъ конкретнаго случая явствуетъ, что контрагентъ имѣлъ въ виду доставленіе третьему лицу тѣхъ или другихъ матеріальныхъ выгодъ, и должникъ объ этомъ зналъ или долженъ былъ знать. Искъ направленъ на присужденіе убытковъ либо въ пользу третьяго, либо въ пользу истца, такъ какъ убытки составляютъ одновременно экономическій эквивалентъ выгодъ предназначенныхъ 3-му, и юридическій эквивалентъ того, что обѣщано было самому контрагенту; но суммы, на которыя обогатится контрагентъ вслѣдствіе иска отъ убытковъ или о неустойкѣ, онъ обязанъ употребить на возмѣщеніе потерпѣвшаго.

3) Размѣръ убытковъ, въ отступленіе отъ общаго правила, въ данномъ случаѣ не опредѣляется ни интересомъ контрагента, ни интересомъ третьяго, ибо первый никакого убытка не понесъ, а ущербъ второго можетъ зависѣть отъ субъективныхъ обстоятельствъ, которыхъ должникъ никоимъ образомъ предвидѣть не могъ. Мѣркою поэтому служитъ объективная цѣнность неисполненнаго обязательства, т. е. недоставленныхъ третьему выгодъ; а когда такая объективная оцѣнка [1]) по тѣмъ или инымъ причинамъ невозможна, требованіе истца не подлежитъ удовлетворенію.

Противъ этого послѣдняго положенія можно возразить, что должникъ при такой постановкѣ часто будетъ извлекать ничѣмъ не оправдываемыя выгоды изъ того обстоятельства, что договоръ заключенъ въ интересахъ третьяго. Это вѣрно, но мы не видимъ никакой возможности устранить эту несправедливость иначе, какъ законодательнымъ путемъ, и полагаемъ, что она значительно меньше той несправедливости, которая создается на почвѣ ученія Виндшейда.

Если отъ этихъ общихъ разсужденій мы опять вернемся къ тарифному договору и попытаемся отвѣтить на поставленный нами вопросъ, то мы можемъ на основаніи добытыхъ нами положеній признать, что союзъ, дѣйствовавшій въ интересахъ своихъ

---

[1]) Подъ объективною оцѣнкою мы подразумѣваемъ опредѣленіе ущерба безотносительно къ имущественной сферѣ опредѣленнаго лица. Въ нашихъ примѣрахъ виновный долженъ отвѣчать за разницу между рыночною цѣною цѣлой и стоимостью поврежденной вещи, при тарифномъ договорѣ—за разницу между тарифными и индивидуальными условіями; насколько она поддается оцѣнкѣ.

членовъ, имѣетъ право ликвидировать ихъ убытки, насколько они поддаются объективной оцѣнкѣ и независимо отъ того, нарушенъ ли только личный или вмѣстѣ съ тѣмъ профессіональный интересъ. Но это не относится къ тѣмъ членамъ союза, которые сами участвовали въ нарушеніи тарифа, ибо volenti non fit injuria. Кто самъ поступается выгодами, установленными въ его пользу, тотъ юридически никакого ущерба не несетъ.

Наши гражданскіе законы не содержатъ ни частныхъ постановленій о ликвидаціи чужого убытка, ни общихъ положеній. Съ другой стороны нигдѣ въ законѣ не сказано, что возмѣщенія „ущербовъ и убытковъ“, о которыхъ говорится въ 693 ст., можетъ требовать только непосредственно потерпѣвшій, а не всякое заинтересованное лицо, въ частности контрагентъ. Но, къ сожалѣнію, иски in favorem tertii совершенно чужды нашему гражданскому процессу, и трудно себѣ представить, какимъ образомъ на почвѣ дѣйствующаго устава профессіональный союзъ, заключившій тарифный договоръ, могъ бы домогаться исполненія тарифныхъ условій по отношенію къ тому или другому изъ его членовъ, а тѣмъ болѣе взысканія убытковъ въ ихъ пользу или признанія за ними права на возмѣщеніе ущерба.

Вообще переходъ тарифнаго договора изъ области фактовъ въ область права встрѣтитъ у насъ наиболѣе серьезныя препятствія не въ матеріальныхъ законахъ. При отсутствіи недоброжелательства вполнѣ возможно признать его на почвѣ дѣйствующаго закона институтомъ гражданскаго права и даже въ нѣкоторой, хотя далеко недостаточной, мѣрѣ согласовать его правовыя послѣдствія съ его соціальными функціями. Не благопріятствуютъ развитію у насъ тарифнаго договора болѣе всего печальныя условія современной русской дѣйствительности, сковывающія свободное проявленіе общественныхъ силъ, въ частности стѣсненіе права коалиціи и отсутствіе примирительныхъ учрежденій и другихъ органовъ для разрѣшенія коллективныхъ споровъ. Наряду съ этими общими причинами, имѣющими,—будемъ надѣяться,—временный характеръ, главною помѣхою къ превращенію тарифнаго договора изъ чисто-соціальнаго феномена въ правовой институтъ будетъ служить недостаточность средствъ его судебной защиты. Наши процессуальные законы не знаютъ другихъ способовъ судебной реакціи противъ лицъ, нарушающихъ договорную обязанность къ воздержанію отъ тѣхъ или другихъ дѣйствій, кромѣ возмѣщенія вреда, и притомъ только вреда экономическаго и

только въ размѣрѣ, точно доказанномъ. Мы знаемъ печальныя послѣдствія этихъ дефектовъ нашего процесса, мы постоянно видимъ случаи безнаказаннаго нарушенія права на фирму, на привиллегіи, авторскихъ, издательскихъ и многихъ другихъ правъ. Тарифный договоръ, если ему суждено пустить корни въ русской жизни, ждетъ та же участь. Коррективомъ — подчасъ вполнѣ достаточнымъ—на Западѣ служитъ, съ одной стороны соціальная мощь профессіональныхъ союзовъ, внушающая какъ его членамъ, такъ и его контрагенту спасительный страхъ передъ послѣдствіями нарушенія тарифнаго договора, и, съ другой стороны, широкое пользованіе услугами посредничества и третейскихъ судовъ. И въ этомъ отношеніи заинтересованныя лица у насъ на первыхъ же порахъ, къ сожалѣнію, встрѣтятъ почти непреодолимыя препятствія. Крупныя и сильныя профессіональныя организаціи даже при благопріятныхъ обстоятельствахъ у насъ создадутся нескоро; для этого требуется время. Соглашенія же о передачѣ будущихъ споровъ на разрѣшеніе третейскихъ судовъ и объ обязательномъ обращеніи къ услугамъ посредниковъ признаются нашими процессуалистами и сенатомъ [1]) недѣйствительными. Мы знаемъ только третейскую запись, формальный компромиссъ между сторонами и посредниками о разрѣшеніи уже возникшаго наличнаго спора. При отсутствіи такой записи конфликты, возникающіе на почвѣ тарифныхъ договоровъ, будутъ подлежать вѣдѣнію общихъ судовъ, хотя бы въ договорѣ и было поставлено противное. Нетрудно предвидѣть, что хожденіе по инстанціямъ, процессы, затягивающіеся на годы,—при малой освѣдомленности нашихъ судей въ нуждахъ и особенностяхъ промышленной и въ частности рабочей жизни, плохое средство для вытѣсненія укоренившагося вѣками навыка къ самопомощи и боевымъ способамъ разрѣшенія коллективныхъ споровъ. При такихъ условіяхъ тѣмъ надеждамъ на благодѣтельную соціальную роль тарифныхъ договоровъ, которыя на Западѣ привлекаютъ къ нему симпатіи общественнаго мнѣнія и вниманіе законодательствъ, которыя заставили ученый міръ съ почти безпримѣрнымъ рвеніемъ приняться за разработку связанныхъ съ ними юридическихъ и экономическихъ вопросовъ, у насъ едва ли въ скоромъ времени суждено сбыться.

---

[1]) Гольмстенъ, учебн. русскаго гражд. судопр. стр. 144 (изд. 4-ое), Суд. Вѣстникъ за 1866 г. № 27, за 1867 г. №№ 5, 7, 55, 67.

По окончаніи доклада начались пренія:

І. А. Покровскій заявилъ, что при слушаніи доклада у него возникло одно сомнѣніе, разъясненія котораго онъ прежде всего просилъ бы у докладчика.

Докладчикъ утверждаетъ, что тарифный договоръ есть сдѣлка, имѣющая юридическую силу, между тѣмъ самъ же онъ упомянулъ, что въ Англіи Trade Union'ы за тарифнымъ договоромъ юридической силы не желаютъ признавать. Отсюда невольно напрашивается мысль, не можетъ ли и на континентѣ возбуждаться вопросъ о юридической силѣ тарифнаго договора, т. е. не придется ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ устанавливать желали ли стороны придать юридическую силу тарифному договору или нѣтъ.

Л. С. Таль отвѣтилъ, что тутъ нѣкоторое недоразумѣніе: Trade Union'ы вовсе не совсѣмъ отрицаютъ за тарифнымъ договоромъ юридической силы, а признаютъ его обязательнымъ постольку, поскольку и всякій договоръ.

І. А. Покровскій въ дальнѣйшихъ своихъ возраженіяхъ перешелъ къ самому понятію тарифнаго договора. Докладчикъ опредѣляетъ тарифный договоръ какъ договоръ sui generis, отличающійся тремя признаками: а) одна сторона или обѣ имѣютъ коллективный характеръ, б) имъ generaliter опредѣляются условія будущихъ договоровъ и в) обязанность къ соблюденію этихъ условій устанавливается гипотетически, т.-е. на случай заключенія индивидуальныхъ договоровъ. Такимъ образомъ въ основѣ опредѣленія лежатъ два признака: одинъ субъективный, другой объективный. Обращаясь къ первому признаку, нельзя не указать, что коллективность субъекта едва ли можетъ быть признана характерной юридической чертой тарифнаго договора. Тарифный договоръ, по собственному признанію г. докладчика, будетъ имѣть юрид. силу или тогда, когда онъ заключенъ союзомъ, имѣющимъ юридическую личность, или же тогда, когда онъ заключенъ отдѣльными рабочими. Но въ первомъ случаѣ стороной договора явится юридическое лицо, какъ таковое, а во второмъ тарифный договоръ распадется на массу отдѣльныхъ индивидуальныхъ договоровъ. Такимъ образомъ, ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ съ юрид. точки зрѣнія коллективности субъекта не будетъ. Самъ докладчикъ признаетъ, что на сторонѣ предпринимателя возможенъ тарифный договоръ съ однимъ изъ нихъ; но можно

представить себѣ и такой тарифный договоръ, гдѣ и со стороны рабочихъ явится одинъ единственный человѣкъ: напримѣръ, договоръ Жореса или Бебеля объ условіяхъ будущихъ рабочихъ договоровъ въ какомъ-либо предпріятіи можетъ быть также признанъ тарифнымъ договоромъ.

Съ другой стороны, и второй, объективный признакъ тарифнаго договора, предлагаемый докладчикомъ, способенъ вызывать сомнѣніе. По его опредѣленію, основнымъ содержаніемъ тарифнаго договора является гипотетическое опредѣленіе условій будущихъ рабочихъ договоровъ. Но не суживается-ли этимъ сфера возможныхъ, т. наз., тарифныхъ договоровъ произвольно? Развѣ нельзя признать тарифнымъ договоромъ, напр., соглашенія между предпринимателемъ и рабочими объ организаціи надлежащей медицинской помощи въ рабочемъ поселкѣ, о разрѣшеніи споровъ какой-либо посреднической камерой и т. д? Обыкновенно такіе пункты являются побочными, но развѣ они не могутъ стать in concreto главными? Не правильнѣе-ли было бы при такихъ условіяхъ сказать, что содержаніемъ т. наз. тарифныхъ договоровъ служитъ *опредѣленіе условій труда вообще?* Съ этой точки зрѣнія лучше было бы, вмѣсто наименованія „тарифный договоръ“, усвоить то названіе, которое предлагается нѣкоторыми германскими учеными „Arbeitsnormenvertrag“.

М. Я. Пергаментъ. Докладчика смущаетъ эвентуальность (тезисъ третій) тарифнаго договора. Но гипотетическія обязательства въ гражданскомъ правѣ вполнѣ допустимы. Эта гипотетичность не является чѣмъ-либо специфическимъ и поэтому нѣтъ основанія тарифные договоры относить къ договорамъ sui generis. Если сказанное докладчикомъ относительно неправоспособныхъ союзовъ относится только къ затронутой имъ темѣ, то противъ этого нельзя ничего возразить. Но если этимъ докладчикъ желаетъ допустить возможность трехчленнаго дѣленія субъектовъ права вообще, то съ этимъ согласиться нельзя. Наука знаетъ два вида лицъ: юридическія и физическія, а потому въ правѣ нѣтъ мѣста какимъ-то цивильно-политическимъ гермафродитамъ.

І. С. Войтинскій прежде всего указываетъ на то, что докладчикъ усматриваетъ существенное содержаніе тарифнаго рабочаго договора въ томъ, что тарифный договоръ опредѣляетъ условія будущихъ индивидуальныхъ договоровъ. Но такой

взглядъ, высказанный впервые Lotmar'омъ и господствующій въ литературѣ, неправильно формулируетъ волю контрагентовъ тарифнаго договора. Формула докладчика односторонне подчеркиваетъ обязанность работодателей и рабочихъ сообразоваться съ тарифнымъ договоромъ при установленіи содержанія договора личнаго найма, т. е. при заключеніи договора личнаго найма. А между тѣмъ для контрагентовъ тарифнаго договора прежде всего существенно соблюденіе тарифа при фактической ликвидаціи отношенія найма труда, т. е., при исполненіи договора личнаго найма. Включеніе же тарифныхъ условій въ индивидуальный договоръ важно не само по себѣ, а лишь постольку, поскольку это ведетъ къ фактическому соблюденію тарифныхъ условій во взаимныхъ отношеніяхъ работодателей и рабочихъ. Поэтому существенное содержаніе тарифнаго договора слѣдуетъ понимать, какъ опредѣленіе условій фактической ликвидаціи отношеній найма труда. Не трудно убѣдиться, что противопоставленныя другъ другу формулировки приводятъ далеко не къ одинаковымъ практическимъ выводамъ.

Если исходить изъ формулы принятой въ докладѣ, то можно притти къ выводамъ, непріемлемость которыхъ навѣрное признаютъ и сторонники этой формулы. Напримѣръ, въ тарифномъ договорѣ предусмотрѣна заработная плата въ размѣрѣ 50 рублей въ мѣсяцъ. Работодатель, связанный этимъ тарифнымъ договоромъ, формально обязуется въ письменномъ договорѣ личнаго найма платить рабочему 50 рублей въ мѣсяцъ, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, тотъ же работодатель неформально условливается съ рабочимъ, что послѣдній не будетъ осуществлять своего права на всѣ 50 рублей, а будетъ фактически довольствоваться 40 рублями въ мѣсяцъ; въ противномъ случаѣ работодатель угрожаетъ рабочему увольненіемъ. Весьма возможно, что рабочій, изъ опасенія потерять мѣсто, дѣйствительно будетъ фактически довольствоваться полученіемъ 40 рублей въ мѣсяцъ, хотя письменный договоръ личнаго найма даетъ ему право на 50 рублей въ мѣсяцъ. Если руководствоваться принятой въ докладѣ формулировкой содержанія тарифнаго договора, то окажется, что въ приведенномъ примѣрѣ тарифный договоръ вовсе не нарушенъ, такъ какъ здѣсь индивидуальный договоръ соотвѣтствуетъ тарифу, и отступленіе отъ договора наблюдается лишь въ фактической ликви-

даціи отношеній найма труда. А между тѣмъ несомнѣнно, что въ приведенномъ примѣрѣ работодатель отвѣтственъ за нарушеніе тарифнаго договора, отвѣтственъ, конечно, не передъ нанятымъ рабочимъ, который примиряется на 40 рубляхъ вмѣсто 50, но передъ другими участниками тарифнаго договора.

Новелла къ голландскому гражданскому уложенію постановляетъ, что при извѣстныхъ условіяхъ, противотарифное соглашеніе отдѣльнаго работодателя съ отдѣльнымъ рабочимъ признается недѣйствительнымъ. Въ данномъ случаѣ голландская новелла отступаетъ отъ общихъ принциповъ обязательственнаго права, по которымъ противотарифное соглашеніе отдѣльнаго работодателя съ отдѣльнымъ рабочимъ заключаетъ въ себѣ юридически дѣйствительный отказъ данныхъ двухъ лицъ отъ взаимныхъ правъ, основывающихся на тарифномъ договорѣ. Практическое значеніе этого спеціальнаго постановленія голландской новеллы рѣзко мѣняется въ зависимости отъ того или иного пониманія существеннаго содержанія тарифнаго договора. Если признать, что тарифный договоръ опредѣляетъ условія фактической ликвидаціи отношеній найма труда, то тѣмъ самымъ будетъ признано, что тарифный договоръ непосредственно устанавливаетъ для участвующихъ въ немъ работодателей и рабочихъ, случай состоянія въ отношеніи найма труда. Эти именно права и обязанности, по спеціальному постановленію голландской новеллы не могутъ быть отмѣняемы индивидуальнымъ противотарифнымъ соглашеніемъ. И такимъ образомъ, поскольку голландская новелла устраняетъ противотарифное соглашеніе, постольку вступаетъ въ силу договорный тарифъ.

Къ совершенно другимъ послѣдствіямъ приводитъ анализируемое постановленіе голландской новеллы при другомъ пониманіи существеннаго содержанія тарифнаго договора. Если считать, что тарифный договоръ опредѣляетъ условія будущихъ индивидуальныхъ договоровъ, то изъ этого слѣдуетъ, что тарифный договоръ, какъ таковой, еще не устанавливаетъ для связанныхъ имъ лицъ никакихъ правъ и обязанностей на случай состоянія въ отношеніи найма труда. Отсюда дальнѣйшій выводъ: когда на основаніи голландской новеллы противотарифное соглашеніе будетъ признано недѣйствительнымъ, всѣ вопросы, которые затрогивались этимъ соглашеніемъ должны

быть разрѣшаемы не на основаніи договорнаго тарифа, но на основаніи обычая оборота.

Докладчикъ Л. С. Таль заявляетъ, что въ виду поздняго времени ограничится лишь краткими возраженіями. Здѣсь указывалось на теоретическую непослѣдовательность при стремленіи дать понятію коллектива самостоятельное мѣсто въ ряду субъектовъ правъ. Что такое коллективъ? Юристы знаютъ только два вида лицъ: лица физическія и юридическія. Задача доклада состояла не въ томъ, чтобы исчерпать всѣ теоретическіе вопросы, а въ томъ, чтобы изслѣдовать то, что жизнь сама выставила. Въ жизни нѣтъ такого договора между Жоресомъ и работодателемъ, о которомъ говорилъ І. А. Покровскій. Въ жизни есть рабочіе и предприниматели. Понятіе коллектива введено какъ описательный признакъ. Въ правѣ есть юридическія лица и физическія, а въ жизни есть и среднее между ними. Говорятъ, что незарегистрированныя лица суть товарищества. Нѣтъ; это не есть товарищество, это есть субъекты sui generis. Что касается до возраженій І. С. Войтинскаго, то они сводятся къ тому, что тарифный договоръ стремится наложить узду на экономическую реализацію будущихъ экономическихъ отношеній. Но это не совсѣмъ такъ. Если нельзя заставить рабочаго отказаться фактически получить большій размѣръ заработной платы, чѣмъ то было установлено въ тарифномъ договорѣ, то слѣдуетъ быть справедливымъ и предоставить ему право получить и меньше того, что было условлено по тарифному договору.

Предсѣдательствующій В. М. Нечаевъ указалъ, что Л. С. Таль уже въ третій разъ выступаетъ въ юридическомъ обществѣ съ докладомъ по тарифному договору. Его докладъ слѣдуетъ особенно привѣтствовать, такъ какъ существо тарифнаго договора принадлежитъ къ числу тѣхъ вопросовъ, которые ведутъ къ пересмотру структуры всего гражданскаго права; тарифный договоръ входитъ клиномъ въ гражданское право. Докладчикъ слишкомъ строго отнесся къ юристамъ, отрицающимъ юридическій характеръ тарифнаго договора и прибѣгающимъ къ фикціи при построеніи своихъ положеній. Докладчикъ говоритъ о малодушіи такихъ юристовъ; но это малодушіе есть результатъ особой структуры ихъ мышленія, которое получило воспитаніе въ сферѣ опредѣленныхъ экономическихъ отношеній. И вотъ каждый разъ, какъ жизнь выста-

вляетъ явленія, сбивающія и не укладывающіяся въ установленные тезисы, мышленіе старыхъ юристовъ отказывается работать. Притомъ институтъ тарифнаго договора имѣетъ главнымъ образомъ соціальное значеніе, а юридическій характеръ его стоитъ на второмъ планѣ.

Засѣданіе закрыто въ $12^1/_2$ часовъ ночи.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

27-го февраля 1909 года.

Засѣданіе открывается въ 9 час. веч.

Предсѣдательствуетъ *В. Д. Кузьминъ-Караваевъ.*

Предметъ занятій: Докладъ дѣйствительнаго члена общества *І. В. Гессена: „Обновленный строй и кодификація“.*

Слово предоставляется докладчику:

Слово кодификація употребляется у насъ, и въ практикѣ и въ оффиціальныхъ актахъ, совсѣмъ не въ томъ смыслѣ и не въ томъ значеніи, какое ему присвоено наукой права. Но въ виду того, что это словоупотребленіе пріобрѣло очень широкое право гражданства, я долженъ оговориться, что въ своемъ докладѣ во избѣжаніе недоразумѣнія и для большей ясности я вынужденъ придерживаться этого неправильнаго словоупотребленія.

Подъ словомъ кодификація наука права понимаетъ переработку дѣйствующаго законодательства страны въ одно стройное цѣлое, созданіе кодекса, уложенія, которое проникнуто общей мыслью и въ систематической формѣ представляетъ все или часть законодательства, регулирующаго юридическую жизнь страны. Противъ кодификаціи когда-то раздавались возраженія. Во время господства исторической школы ея представители, которые, вообще, были противъ всякой кристаллизаціи, противъ всякаго закрѣпленія юридическихъ нормъ, тѣмъ болѣе возставали противъ кодификаціи, видя въ ней препятствіе для свободнаго развитія народнаго правосознанія. Но еще задолго до того, какъ произведена была переоцѣнка сравнительной цѣнности писаннаго и обычнаго права, задолго до того, какъ именно въ обычномъ правѣ совершенно правильно усмотрѣли косность, которая тяжелыми путами ложится на народное правосознаніе, задолго говорю я, до этого вопросъ

о кодификаціи потерялъ всякое практическое значеніе. Громадный соціальный переворотъ, вызванный введеніемъ капиталическаго строя и развитіемъ международныхъ сношеній, потребовалъ прежде всего твердости гражданскаго оборота. Эта твердость можетъ быть обезпечена только въ томъ случаѣ, если имѣются твердыя, опредѣленныя писанныя правила.

Но можно пойти дальше, можно сказать, что кодификація должна была служить не столько твердости гражданскаго оборота, сколько именно свободному развитію права. Дѣло въ томъ, что по основному принципу права всякое правоотношеніе, возникающее въ жизни, должно быть разрѣшено на основаніи дѣйствующаго закона. Недостатка законовъ не существуетъ. Очевидно, что, устанавливая такое правило, законодатель исходилъ изъ того, совершенно правильнаго, предположенія, что юридическая жизнь страны развивается не скачками, а постепенно, и что въ виду этой постепенности въ общихъ началахъ дѣйствующаго права всегда должны быть заложены тѣ основы, на которыхъ судья можетъ построить разрѣшеніе того или другого вновь возникающаго правоотношенія. Но для того, чтобы дать судьѣ возможность уловить общій смыслъ закона, для того, чтобы онъ имѣлъ въ своихъ рукахъ нить, которую онъ можетъ вести дальше, очевидно, необходимо, чтобы передъ нимъ были не отрывочныя законоположенія, не разрозненныя наслоенія закона, а стройный систематическій кодексъ. Вотъ почему вопросъ о кодификаціи считается на западѣ рѣшеннымъ, и послѣднія сочиненія, касающіяся этого предмета, относятся къ 60-мъ годамъ прошлаго столѣтія.

Въ такомъ научномъ смыслѣ у насъ кодификаціи нѣтъ и никогда ея не было. Потребность въ ней, конечно, всегда была велика, и мысль законодателя неоднократно къ этому вопросу возвращалась, но осязательную форму они получили только въ царствованіе Николая I, благодаря геніальному государственному дѣятелю М. М. Сперанскому.

Кодификація можетъ совершаться двумя путями. Или законодатель рѣшительно отбрасываетъ старыя начала и вырабатываетъ новыя основы, соотвѣтствующія измѣнившимся условіямъ жизни, и по этимъ выработаннымъ основамъ создаетъ новую систему права. Такая кодификація свойственна революціоннымъ эпохамъ въ широкомъ смыслѣ этого слова, и ея образчикомъ можетъ служить кодексъ Наполеона, тотъ кодексъ, которымъ императоръ справедливо гордился и о которомъ говорилъ, что онъ доставитъ

ему несомнѣнно больше славы, чѣмъ сорокъ выигранныхъ сраженій, ибо всѣ эти сраженія сотрутся въ памяти передъ однимъ пораженіемъ при Ватерлоо, а слава кодекса никогда не исчезнетъ.

Другой путь, это—переработка дѣйствующаго права путемъ сведенія его въ одно и путемъ исключенія взаимныхъ противорѣчій и несоотвѣтствій. Само собою разумѣется, что въ царствованіе Николая I о первомъ пути не могло быть и рѣчи, не таковы были тогда условія жизни, чтобы можно было думать объ отверженіи стараго и обращеніи къ новому. Напротивъ, императоръ Николай I говорилъ, что тотъ хаосъ, который царствовалъ въ его время, объясняется тѣмъ, что „всегда обращались къ составленію новаго закона, а не къ соглашенію на твердыхъ основаніяхъ старыхъ законовъ“. Поэтому, очевидно, Сперанскому для того, чтобы осуществить свою завѣтную мечту о кодификаціи, необходимо было итти вторымъ путемъ. Но законодательство наше находилось тогда въ такомъ хаотическомъ состояніи, что прежде всего нужно было привести въ извѣстность самый матеріалъ, изъ котораго предстояло творить. Этой цѣли и должно было удовлетворить полное собраніе законовъ, котораго набралось 50 томовъ. Затѣмъ слѣдовала вторая стадія, которая, впрочемъ, производилась одновременно, съ первой. Изъ этого полнаго собранія законовъ выбирались тѣ, которые, по мнѣнію составителей, не утеряли своей силы и продолжали еще дѣйствовать. Эти дѣйствующіе законы располагались въ систематическомъ порядкѣ и образовали сводъ. Послѣ этого должна была наступить третья стадія, т. е. именно кодификація. Сводъ дѣйствующихъ законовъ долженъ былъ быть переработанъ по опредѣленному плану, на основаніи тѣхъ или другихъ общихъ началъ, изъ него должны были быть устранены всѣ безчисленныя повторенія, противорѣчія и все, этимъ общимъ началамъ несоотвѣтствующее.

Но эта третья стадія произведена не была и ея нѣтъ и до сихъ поръ. Работа, совершенная Сперанскимъ, сама по себѣ была настолько грандіозна, и потребность въ ясномъ законѣ настолько была велика, что когда въ историческое засѣданіе государственнаго совѣта, происходившее 19 февраля 1833 года, было внесено полное собраніе и сводъ, то подъ давленіемъ императора, государственный совѣтъ принялъ, вопреки мнѣнію и предположеніямъ Сперанскаго, рѣшеніе, что этотъ сводъ и замѣнитъ кодификацію, т. е. что этотъ сводъ будетъ единственнымъ источникомъ дѣйствующаго законодательства. При этомъ государственный совѣтъ

не скрывалъ отъ себя, что такое присвоеніе своду роли, которая ему не предназначалась его составителемъ, можетъ вызвать на практикѣ серьезныя недоразумѣнія, и такъ какъ введеніе свода въ дѣйствіе было отсрочено на 2 года, то было поручено воспользоваться этимъ срокомъ для того, чтобы произвести негласную ревизію и по возможности устранить тѣ противорѣчія, которыя въ теченіе этого времени обнаружатся. Эта работа, однако, произведена не была, и опасенія государственнаго совѣта сбылись въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ онъ это предполагалъ. Къ сожалѣнію, я не могу останавливаться на этомъ вопросѣ, такъ какъ онъ отвлекъ бы меня въ сторону отъ предмета этого доклада. Но я думаю, что достаточно ярко будетъ охарактеризовано положеніе дѣлъ, если я скажу, что до сихъ поръ въ нашей юридической литературѣ происходитъ жестокій споръ между юристами по вопросу о томъ, что такое представляетъ собою сводъ законовъ, каково юридическое его значеніе.

Этотъ споръ не только не затихаетъ, не только не прекращается, но, напротивъ, пріобрѣтаетъ все болѣе и болѣе жизненное, все болѣе и болѣе серьезное значеніе. Это объясняется тѣмъ ходомъ, который получила въ дальнѣйшемъ развитіи судьба свода законовъ. Когда его составили, то рѣшено было вмѣстѣ съ тѣмъ, что сводъ будетъ переиздаваться каждыя десять лѣтъ. При этомъ, конечно, предполагалось, что каждое слѣдующее изданіе будетъ совершенствоваться, будутъ устраняться тѣ противорѣчія, тѣ несоотвѣтствія, которыя будутъ въ немъ съ теченіемъ времени обнаруживаться, и что такимъ образомъ мы придемъ постепенно къ той кодификаціи, которой не въ состояніи были произвести сразу и которая такъ необходима каждой правовой странѣ. Но въ дѣйствительности дѣло пошло иначе. Сводъ законовъ былъ переизданъ черезъ первыя десять лѣтъ, въ 42 г., а затѣмъ былъ переизданъ черезъ 15 лѣтъ, въ 57 г.—и только. Съ тѣхъ поръ новаго полнаго изданія свода не было. Вмѣсто этого, стали издаваться, такъ называемыя, продолженія къ своду законовъ.

Эти продолженія имѣютъ цѣлью собрать весь законодательный матеріалъ, который накопился въ теченіе опредѣленнаго промежутка времени, и его распредѣлить между соотвѣтственными частями и томами свода законовъ. Вотъ эта работа, составленіе такихъ продолженій—не только не продолжаетъ начатаго дѣла кодификаціи, но она идетъ ему на перерѣзъ, она прямо противорѣчитъ тѣмъ задачамъ, которыя кодификаціи ставятъ, и поэтому

такая работа по самому существу своему должна быть признана абсолютно вредной. Вѣдь, въ самомъ дѣлѣ, каждая законодательная новелла сама по себѣ представляетъ, такъ сказать, въ миніатюрѣ опытъ кодификаціи. Каждая законодательная новелла, состоящая изъ ряда статей, связана какимъ-нибудь общимъ началомъ и проникнута опредѣленной идеей, представляетъ самодовлѣющее цѣлое и живетъ своей жизнью. Если эту законодательную новеллу расчленить на части, то, очевидно, изъ нея вынимаютъ душу живую, уничтожаютъ тѣ связи, которыя существуютъ, и возможность систематическаго толкованія закона пропадаетъ. Но это еще не все. Благодаря тому, что эти новыя части включаются въ сводъ законовъ, что онѣ оказываются рядомъ со статьями, съ которыми часто не имѣютъ ничего общаго, благодаря этому систематическое толкованіе законовъ можетъ и неизбѣжно должно приводить къ самымъ абсурдпымъ выводамъ. И я долженъ сказать, что этого явленія, этихъ „продолженій“ нигдѣ на Западѣ не существуетъ, это составляетъ совершенно своеобразное, исключительно намъ присущее, явленіе. Оно имѣетъ и свое естественное объясненіе. Дѣло въ томъ, что прежде, до введенія судебныхъ уставовъ, судамъ и, вообще, властямъ запрещено было толковать законъ. Въ случаѣ сомнѣнія или какой-нибудь неясности въ законѣ, они должны были обращаться за разъясненіемъ къ высшей инстанціи. При такомъ положеніи дѣла, естественно, что законодатель прежде всего заботился о томъ, чтобы судья могъ отыскать законъ, чтобы законъ былъ въ надлежащемъ мѣстѣ, а о томъ, какой смыслъ получитъ законъ, если поставить его въ то или другое мѣсто, объ этомъ, конечно, не приходилось заботиться, такъ какъ толкованіе не входило въ задачи суда или администраціи. Но когда были введены судебные уставы, то толкованіе закона стало основнымъ началомъ юриспруденціи, основнымъ началомъ судебной дѣятельности, и съ этого момента такая кодификація, конечно, противорѣчила тѣмъ задачамъ, предъ которыми стала судебная практика; немудрено поэтому, что вопросъ объ упраздненіи продолженій былъ въ свое время возбужденъ. Онъ былъ поставленъ въ 62 году бар. Корфомъ, но къ сожалѣнію предложеніе бар. Корфа прекратить дальнѣйшее печатаніе продолженій было отвергнуто, и съ тѣхъ поръ этотъ вопросъ уже не возникалъ. Это, конечно, можетъ показаться страннымъ, тѣмъ болѣе страннымъ, что, вообще, вопросъ о реформѣ кодификаціонныхъ учрежденій возникалъ неоднократно, и реформы эти произ-

водились не одинъ разъ. Но какъ указываетъ г. Майковъ въ своемъ извѣстномъ изслѣдованіи объ исторіи второго отдѣленія канцеляріи Его Величества, всякій вопросъ о реформѣ былъ связанъ съ какими-нибудь личными интересами, а не съ существомъ дѣла, и поэтому всѣ реформы ничѣмъ не коснулись самаго изданія продолженій, которое несомнѣнно ведется въ прежнемъ видѣ.

Характерно еще, что самъ законодатель понималъ, что при такомъ расчлененіи новыхъ законовъ, при включеніи ихъ въ сводъ, могутъ произойти неудобства: отъ одного такого расчлененія законъ можетъ потерять тотъ смыслъ, который онъ имѣлъ въ повеллѣ. Во избѣжаніе такой возможности въ ст. 135 учрежденія Государственнаго Совѣта установлено правило: „государственный секретарь входитъ въ Г. Совѣтъ съ представленіемъ, когда при изготовленіи новаго изданія какой-либо части свода законовъ окажется необходимымъ сдѣлать столь существенныя измѣненія въ расположеніи и изложеніи узаконеній, что отъ сего могло бы измѣниться значеніе закона". Но, насколько мнѣ извѣстно, не было ни одного случая, когда бы кодификаціонный отдѣлъ или отдѣленіе свода законовъ встрѣтило какія-нибудь сомнѣнія и обратилось отъ кодификаціоннаго пути къ пути законодательному.

Но всѣ эти принципіальныя соображенія противъ изданія продолженій совершенно блѣднѣютъ, когда рѣчь заходитъ, собственно, о послѣднемъ продолженіи, о сводномъ продолженіи 1906 г. Это сводное продолженіе, какъ видно изъ предисловія къ нему, ставило себѣ цѣлью кодификацію узаконеній, изданныхъ въ прежнемъ законодательномъ порядкѣ. Само собою разумѣется, поскольку рѣчь идетъ объ отдѣленіи конституціоннаго законодательства, мысль эта, конечно, правильная. Ее высказывалъ на страницахъ „Права" С. А. Муромцевъ и настаивалъ на томъ, что конституціонное законодательство никоимъ образомъ не можетъ быть включено въ сводъ, съ которымъ, какъ предполагалось, оно будетъ рѣзко различаться. И въ самомъ дѣлѣ, когда Г. Дума была учреждена, то предполагалось, что она поставитъ на первую очередь основные вопросы русской жизни, тѣ вопросы, которые до нея оставались неразрѣшенными и неразрѣшеніе которыхъ вызвало ее самое къ жизни. Но въ дѣйствительности случилось не такъ: первой и второй Г. Думамъ не удалось законодательствовать, а тѣ законы, которые изготовляетъ Г. Дума третьяго созыва, съ честью могли бы занять свое мѣсто въ этомъ сводѣ законовъ и нисколько не испортили бы его картины.

Но нельзя не видѣть, что тѣ соображенія, которыя имѣлись въ отношеніи конституціоннаго законодательства, еще съ большей силой должны были быть примѣнены къ такъ наз. законодательству переходнаго времени, т. е. къ законодательству 1904 и 1906 гг. Уже по самому названію этого законодательства, законодательства переходнаго времени, можно a priori сказать, что оно не подлежало включенію въ сводъ, не подлежало кодификаціи. Вѣдь кодификація имѣетъ цѣлью закрѣпить,—закрѣплять же можно и должно только то, что само по себѣ является постояннымъ, прочнымъ. Но если эти законы временные, если они при самомъ изданіи предназначены къ тому, чтобы быть замѣненными постоянными законами, то очевидно, что ихъ кодифицировать не имѣетъ никакого смысла. Но на это можно бы возразить, что у насъ временные законы являлись прочнѣе постоянныхъ, что эти временные законы упразднили дѣйствіе постоянныхъ законовъ. Это замѣчаніе, увы, само по себѣ вѣрно.

Однако, гораздо важнѣе этого апріорнаго соображенія то обстоятельство, что всѣ переходные законы находятся въ органическомъ противорѣчіи съ тѣми началами, которыя заложены въ сводѣ законовъ. Въ этихъ законахъ идетъ рѣчь о свободѣ совѣсти, свободѣ печати, свободѣ собраній, свободѣ союзовъ, т. е. о всѣхъ тѣхъ элементахъ государственности, которые рѣшительно отрицаются сводомъ законовъ. Поэтому сводъ законовъ просто не въ состояніи даже вмѣстить въ себѣ тѣ переходные законы, которые были изданы.

Для доказательства этого я могу сослаться на слѣдующіе примѣры. У насъ имѣется, такъ называемый, уставъ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Въ этомъ уставѣ соотвѣтственно принятой сводомъ системѣ проходитъ рядъ правилъ, которыя перечисляютъ все, что русскому обывателю запрещено дѣлать. Естественно поэтому, что о чемъ бы ни говорилось, какого бы предмета ни касалось запрещеніе, но такъ какъ слѣдить за этимъ приходится администраціи, а этотъ уставъ опредѣляетъ права и полномочія администраціи, то всѣ запрещенія безъ разбора оказались сосредоточенными въ уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Между тѣмъ, когда появились новые законы, которые уничтожили часть этихъ запрещеній, дали извѣстную свободу, то помѣщать ихъ въ этотъ уставъ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, очевидно, было бы безсмыслицей. Можно понять, напр., если въ уставъ помѣщено запрещеніе собираться.

Но почему въ него можно включить законъ о свободѣ собраній— это непостижимо. И вотъ что получилось. Подъ статьей 39, которая говоритъ о томъ, что на министрѣ внутреннихъ дѣлъ лежитъ наблюденіе за тѣмъ, чтобы не было уклоненія отъ православія, подъ этой статьей имѣется теперь рядъ статей, которыя регулируютъ судьбу дѣтей при переходѣ супруговъ въ другое вѣроисповѣданіе. Само собою разумѣется, что можно гдѣ угодно искать нормы, опредѣляющія судьбу дѣтей при переходѣ супруговъ въ другое вѣроисповѣданіе, въ гражданскомъ законѣ, въ законѣ о свободѣ совѣсти, если хотите—въ уставѣ духовныхъ консисторій, но никому не придетъ въ голову искать эти нормы въ уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. А такихъ статей есть очень много: напримѣръ, ст. 77[2], которая говоритъ о томъ, что внѣбрачное дитя можетъ быть крещено по обряду вѣроисповѣданія своей матери. — Опять-таки очевидно, что такой нормѣ въ этомъ уставѣ абсолютно не можетъ быть мѣста.

Когда появился законъ о свободѣ собраній, то, очевидно, въ отдѣленіи свода было встрѣчено затрудненіе въ томъ, куда его помѣстить. Я долженъ сказать, что я не вѣрилъ своимъ глазамъ, когда увидѣлъ, какъ это затрудненіе разрѣшилось. Это скорѣе похоже на анекдотъ, а никакъ не на юридическую работу. Въ уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій имѣется много замѣчательныхъ статей, о которыхъ большинство юристовъ и не знаетъ. Среди нихъ имѣется такая статья 115, которая гласитъ: „для предупрежденія напрасныхъ и злоумышленныхъ набатныхъ тревогъ колокольнымъ звономъ духовныя начальства должны строго наблюдать, чтобы у колоколенъ двери были крѣпки и всегда заперты, а ключи хранились у священниковъ“. И вотъ подъ этой статьей о предупрежденіи набатныхъ тревогъ помѣщены временныя правила о свободѣ собраній. Такихъ примѣровъ можно привести ad libitum.

Но, независимо отъ этого, имѣется еще одно обстоятельство, пожалуй, гораздо болѣе важное, которое должно было бы удержать отъ того, чтобы пытаться кодифицировать переходные законы. Какъ извѣстно, все наше дѣйствующее законодательство давно уже было признано никуда негоднымъ, и ко времени 1904 г. оно все находилось въ періодѣ пересмотра. Но реформа затянулась, и эта затяжка реформы послужила одной изъ главныхъ причинъ, что смута все росла и росла и дошла до такихъ предѣловъ, что пришлось примѣнить экстренныя мѣры. Уже въ указѣ 12 де-

кабря 1904 г. указывалось на необходимость ввести въ наше законодательство существенныя нововведенія и подчеркивалось, что ихъ нужно ввести наиболѣе быстрымъ и полнымъ способомъ. Когда же была введена конституція 17 октября, то тогда, конечно, быстрота диктовалась уже положеніемъ дѣлъ, необходимостью приспособить всѣ стороны жизни къ новымъ конституціоннымъ началамъ. При такихъ условіяхъ, понятно, законодатель не въ силахъ былъ позаботиться о томъ, чтобы издать законъ въ настоящемъ разработанномъ видѣ, онъ устанавливалъ только общія начала и полагалъ, что практика переходнаго времени какъ-нибудь справится при ихъ помощи, а настоящіе законы будутъ выработаны уже новыми законодательными учрежденіями. И когда, напримѣръ, 27 авг. 1905 г. были изданы временныя правила объ университетской автономіи, то за нѣсколько дней до этого опубликовано было правит. сообщеніе, которое говорило, что эти временныя правила постановлено ввести безотлагательно, такъ какъ старый университетскій уставъ былъ признанъ совершенно негоднымъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ было поручено безотлагательно завершить работу по разработкѣ университетскаго устава на тѣхъ началахъ, которыя были положены въ основаніе временныхъ правилъ. Очевидно, такимъ образомъ, законодатель понималъ, что этихъ временныхъ правилъ 27 августа совершенно недостаточно для урегулированія университетской жизни, и, издавая ихъ, не сомнѣвался, что непосредственно вслѣдъ за этимъ безотлагательно должны быть выработаны настоящія правила, которыя полностью будутъ обнимать всѣ потребности высшихъ учебныхъ заведеній.

Точно также, напримѣръ, въ указѣ 17 апрѣля 1905 г. о вѣротерпимости, послѣ того, какъ былъ установленъ рядъ правилъ, опредѣляющихъ предѣлы свободы совѣсти, въ послѣдней статьѣ указа былъ возложенъ на различныхъ министровъ цѣлый рядъ порученій о томъ, чтобы безотлагательно и безъ сношенія съ вѣдомствами, которыя должны были задержать эту работу, привести въ соотвѣтствіе съ новымъ закономъ различныя части свода законовъ. Но этой работы произведено не было, противорѣчія оставались. И очевидно, что если такіе законы, которые содержатъ лишь основныя начала, намѣчаютъ лишь общую линію, по которой должна двигаться новая практика, если эти общія начала помѣстить въ сводъ, основанный на противоположныхъ началахъ, то этимъ можно достигнуть только демонстраціи глубокаго противорѣчія, заключающагося между этими новыми законами и старымъ сводомъ.

Никакой практической цѣли такая работа не можетъ преслѣдовать, никакого удобства дать не можетъ, но неизбѣжно должна принести только одинъ огромный вредъ.

Во всякомъ случаѣ, послѣ всего сказаннаго, врядъ ли можно сомнѣваться, что это продолженіе составлено съ явнымъ нарушеніемъ законовъ. Если когда-либо былъ случай воспользоваться правиломъ ст. 135 учр. Г. Совѣта, которую я цитировалъ и которая требовала отъ государственной канцеляріи, въ случаѣ неизбѣжности серьезныхъ измѣненій отъ кодификаціи, обратиться въ Г. Совѣтъ, то очевидно, что данный случай былъ par excellence таковъ. Я ни на минуту не сомнѣваюсь, что если бы вопросъ былъ представленъ Г. Совѣту, то онъ отъ этой работы отказался бы, ибо онъ призналъ бы, что она въ принципѣ невозможна и недопустима. Но отдѣленіе свода законовъ безстрашно рѣшилось на эту работу и произвело дѣйствительно нѣчто совершенно необыкновенное.

Возьмемъ для примѣра уже упоминавшіяся временныя правила объ автономіи. Какъ было замѣчено, они должны были установить совершенно новыя начала въ университетской жизни, противоположныя тѣмъ, которыя содержатся въ сводѣ и заключаются въ 11-мъ его томѣ, въ ст. ст. 399 и слѣдующ., воспроизводящихъ пресловутый университетскій уставъ 1884 г. Эти временныя правила объ автономіи начинаются словами „въ измѣненіе, дополненіе и отмѣну дѣйствующихъ узаконеній постановить нижеслѣдующее...“, далѣе слѣдуютъ основныя начала автономіи. Отдѣленіе свода законовъ, ни мало не смущаясь, выбрасываетъ эти первыя слова— въ измѣненіе, дополненіе и отмѣну и т. д., въ которыхъ скрывается весь смыслъ новаго закона. Остаются голыя правила, которыя говорятъ о томъ, что ректоръ и деканъ избираются и что отвѣтственность за ходъ университетской жизни возлагается на выборное правленіе. Эти правила и включены въ такомъ видѣ, какъ примѣчаніе къ ст. 399 устава о высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, которая открываетъ собой университетскій уставъ 1884 г.

Такимъ образомъ, хотя законодатель и предполагалъ, какъ можно судить изъ вычеркнутыхъ словъ, что съ введеніемъ этихъ правилъ цѣлый рядъ дѣйствующихъ законовъ изъ устава о высшихъ учебныхъ заведеніяхъ подлежитъ отмѣнѣ и измѣненію, но все осталось какъ прежде, ни одна статья на основаніи этихъ правилъ не отмѣнена и не измѣнена. Въ результатѣ оказалось, что рядомъ въ дѣйствующемъ законѣ существуютъ правила, изъ

которыхъ одни говорятъ, что ректоръ выбирается и что отвѣтственность за ходъ университетской жизни возлагается на выборный совѣтъ, а тутъ же идутъ ст. ст. 409, 410 и др., которыя говорятъ, что ректоръ и т. д. и что отвѣтственность возлагается на инспектора, попечителя и т. д.

Тоже случилось и съ указомъ о вѣротерпимости. Этотъ указъ, между прочимъ, разрѣшаетъ смѣшанные браки между сектантами, прежде воспрещенные. Я говорилъ, что когда былъ изданъ этотъ указъ, то были даны различныя порученія министрамъ въ цѣляхъ согласованія дѣйствующихъ правилъ съ новымъ указомъ. Между прочимъ, было предписано безотлагательно согласовать ст. 33 т. X ч. I, которая воспрещаетъ смѣшанные браки, съ новымъ закономъ, разрѣшающимъ эти браки. До сихъ поръ такого согласованія сдѣлано не было. Но господа кодификаторы, нисколько не смущаясь, включили правило, разрѣшающее смѣшанные браки, примѣчаніемъ къ упомянутой ст. 33, которая эти браки воспрещаетъ.

Всѣ эти послѣдствія были неизбѣжны, и то, что я привелъ въ качествѣ примѣровъ, служитъ иллюстраціей моей мысли, что эту работу нельзя было производить и не слѣдовало за нее браться. Но надо помнить, что и независимо отъ этихъ соображеній всякая кодификаціонная работа по составленію продолженій отличалась у насъ удивительной неряшливостью и массой ошибокъ, отысканіе которыхъ представляетъ громадный трудъ. A priori можно поэтому сказать, что въ настоящемъ продолженіи, которое представляло столько затрудненій, этихъ ошибокъ должно было быть гораздо больше. Одно изъ этихъ затрудненій состоитъ въ томъ, что само переходное законодательство основано на двухъ различныхъ принципахъ. Указъ 12 дек. 1904 г. исходилъ, какъ извѣстно, изъ неприкосновенности принципа самодержавія, и всѣ законы, которые были изданы на основаніи этого указа, были приспособлены къ самодержавному строю. Затѣмъ, когда была введена конституція, всѣ законы должны были имѣть въ виду наличность конституціонныхъ началъ.

Между прочимъ, первымъ пунктомъ указа 12 дек. 1904 г. было предписано принять мѣры къ укрѣпленію началъ законности. То было мечтой г. Витте, который искренно вѣрилъ, что если написать хорошіе законы и если только установить гарантію ихъ исполненія, то и при самодержавномъ строѣ они будутъ исполняемы. Онъ не понималъ, что въ самомъ существѣ абсолютистскаго строя заключается отрицаніе законности. Во исполненіе

упомянутаго пункта указа государственнымъ секретаремъ былъ внесенъ въ Г. Совѣтъ цѣлый рядъ правилъ, которыя должны были гарантировать соблюденіе законности. Само собою разумѣется, что главная задача состояла въ томъ, чтобы по возможности отграничить законодательство отъ актовъ верховнаго управленія, которые, вообще, при самодержавномъ строѣ неотдѣлимы. Даже не столько, чтобы отграничить, сколько поставить нѣкоторые предѣлы аппетитамъ бюрократіи, было предположено, чтобы о всякихъ чрезвычайныхъ мѣрахъ, которыя министры будутъ предпринимать, они доносили правит. сенату. Когда эти предположенія были внесены въ Г. Совѣтъ, 6 іюня 1905 г., уже успѣлъ быть изданъ, 18 февраля, Высочайшій рескриптъ на имя Булыгина, въ которомъ впервые говорилось о созывѣ выборныхъ людей. И потому естественно, что въ Гос. Совѣтѣ возникъ вопросъ, благовременно ли при наличности такого рескрипта разрабатывать правила объ укрѣпленіи законности, ибо при новомъ строѣ вопросъ объ отдѣленіи актовъ верховнаго управленія отъ законодательства разрѣшается болѣе простымъ и прочнымъ путемъ. Госуд. Совѣтъ рѣшилъ вопросъ положительно, въ виду того, что въ рескриптѣ нѣтъ указанія на переходъ отъ самодержавнаго строя къ новому, и законы попрежнему будутъ исходить отъ самодержавной власти. Поэтому Гос. Совѣтъ согласился съ представленіемъ государственнаго секретаря, и соотвѣтствующія правила были изданы. Но, очевидно, что послѣ 17 октября 1905 г., при наличности новыхъ основныхъ законовъ, тѣ сомнѣнія, которыя испытывалъ Гос. Совѣтъ послѣ изданія рескрипта 18 февраля, должны были превратиться въ увѣренность. И само собою понятно, что съ изданіемъ новыхъ основныхъ законовъ, всѣ эти правила утратили всякое юридическое значеніе и eo ipso потеряли свою силу. Но отдѣленіе свода законовъ, добросовѣстный собиратель, включаетъ и эти правила въ учрежденіе министерствъ, и, т. о., въ продолженіи сохранено правило, что министры могутъ принимать чрезвычайныя мѣры законодательнаго характера, донося о нихъ правит. сенату. Равнымъ образомъ, доносятъ правительствующему сенату о мѣрахъ, которыя послѣдовали съ Высочайшаго соизволенія въ порядкѣ верховнаго управленія.

Между тѣмъ мы знаемъ, что по новымъ законамъ чрезвычайныя мѣры могутъ быть приняты только въ порядкѣ 87 ст. въ отсутствіе Гос. Думы, во время же сессіи Гос. Думы никакія чрезвычайныя мѣры въ порядкѣ верховнаго управленія приняты быть не могутъ.

Просматривая дальше это продолженіе свода законовъ, вы неожиданно натыкаетесь, напримѣръ, на другую аналогичную статью: ст. 3 прилож. къ ст. 1 прим. къ ст. 2 положенія объ охраненіи госуд. порядка говоритъ, что, если министръ внутреннихъ дѣлъ признаетъ необходимымъ для охраненія государственнаго порядка и общественнаго спокойствія принятіе такой временной мѣры, которая требуетъ одобренія верховной власти, то онъ испрашиваетъ Высочайшее соизволеніе, или входитъ черезъ совѣтъ министровъ или путемъ личнаго доклада. Спрашивается, какъ же можетъ появиться въ новомъ продолженіи статья, которая предоставляетъ министру внутреннихъ дѣлъ законодательную власть, не опредѣляя даже ея предѣловъ; онъ является, слѣд., конкурентомъ представительныхъ учрежденій. Подстрочныя ссылки подъ этой статьей отсылаютъ дѣйствительно къ новому законодательному акту. Обращаясь къ этому законодательному акту, мы узнаемъ, что онъ трактуетъ объ упраздненіи комитета министровъ и замѣнѣ его совѣтомъ. Вотъ это обстоятельство и послужило основаніемъ для включенія упомянутой статьи въ продолженіе. Воспроизводя эту статью, отдѣленіе свода законовъ имѣло въ виду сказать, что министръ принимаетъ чрезвычайныя мѣры уже не черезъ комитетъ, а черезъ совѣтъ, не считаясь съ тѣмъ, что самое правило при новыхъ порядкахъ не можетъ быть примѣняемо.

Я не буду утомлять вашего вниманія приведеніемъ многихъ примѣровъ, остановлюсь только еще на одной замѣчательной кодификаціи—на уставѣ о цензурѣ и печати. Этотъ уставъ, въ новомъ его изданіи, ярко свидѣтельствуетъ, что въ „продолженіе“ не было положено никакой общей мысли, никакой опредѣленной идеи, никакого общаго плана. Если вы раскроете этотъ уставъ о цензурѣ и печати свода законовъ, то увидите, что туда вставлено примѣч. 3, которое говоритъ, что предварительная цензура, какъ общая, такъ и духовная, отмѣнена. Далѣе сказано, что это примѣчаніе относится къ цѣлому ряду перечисленныхъ тутъ же ст. Всѣ эти статьи, которыя устанавливаютъ правила для цензоровъ, государственная канцелярія оставляетъ безъ малѣйшаго измѣненія и не рѣшается на нихъ посягнуть, хотя и сказано категорически, что предварительная цензура отмѣнена. Кодификаторы ограничиваются указаніемъ, что примѣчаніе имѣетъ отношеніе и къ этимъ по существу отмѣненнымъ статьямъ. Далѣе, напр., имѣется примѣчаніе къ ст. 11, которое говоритъ:—цензурный ко-

митетъ въ Петербургѣ, Москвѣ, Варшавѣ и Тифлисѣ переименованъ въ комитетъ по дѣламъ печати. Это примѣчаніе, читаемъ дальше, относится и къ такимъ-то статьямъ, т. е. ко всѣмъ тѣмъ статьямъ, въ которыхъ говорится о цензурныхъ комитетахъ, нынѣ переименованныхъ въ комитеты по дѣламъ печати. Въ данномъ случаѣ почему то канцелярія даже не потрудилась внести редакціонныя измѣненія въ эти статьи. А наряду съ этимъ она весьма смѣло произвела настоящую кодификацію временныхъ правилъ о періодической печати. Какъ извѣстно, эти временныя правила, собственно говоря, были изданы только для повременныхъ изданій, выходящихъ въ городахъ, а для изданій, выходящихъ внѣ городовъ, оставлены прежде дѣйствующія правила. Для нихъ оставленъ, слѣд., концессіонный порядокъ, а для изданій, выходящихъ въ городахъ, явочный. Очевидно, что эти два порядка, концессіонный и явочный, настолько между собой различны, что соединить ихъ въ одно никоимъ образомъ нельзя. Но это именно и сдѣлано. Въ кодифицированныхъ правилахъ мы находимъ сначала положенія общія, а затѣмъ вторую главу, излагающую правила о повременныхъ изданіяхъ въ городахъ, и 3-ью объ изданіяхъ, выходящихъ внѣ городовъ. Положенія общія, очевидно, относятся одинаково какъ къ изданіямъ, выходящимъ въ городахъ, такъ и внѣ городовъ. И вотъ въ этихъ общихъ положеніяхъ оказываются статьи, которыя говорятъ о разрѣшеніи въ установленномъ порядкѣ на повременное изданіе. Такимъ образомъ оказывается, что по общимъ положеніямъ, по мнѣнію господъ кодификаторовъ, на изданіе газеты нужно испрашивать разрѣшеніе. Какъ же это случилось, какъ допущена такая ошибка? Очень просто. Во временныхъ правилахъ о печати 24 ноября имѣется ссылка на то, что такая-то статья сохраняется. Въ этой статьѣ говорится о томъ, что если въ теченіе года газета не издавалась, то разрѣшеніе утрачиваетъ свою силу. Сохраняя это правило для новаго порядка, законодатель, очевидно, сохранялъ его сущность, т. е. сохранялъ тотъ же годичный срокъ, но само собою разумѣется, что разъ концессіонный порядокъ отмѣненъ, то срокъ нужно считать съ момента подачи заявленія или полученія свидѣтельства. Но господа кодификаторы не знакомы съ правиломъ, что leges scire non est verba earum tenere. Они держатся буквально за слова закона и, не считаясь со смысломъ, помѣстили въ общія положенія статью, которая гласитъ, что на изданіе газеты нужно испросить разрѣшеніе.

Цѣлаго ряда статей изъ временныхъ правилъ, которыя опре-

дѣляютъ порядокъ наложенія конфискаціи на выходящія изданія, въ новомъ уставѣ о печати и цензурѣ вообще не имѣется. Куда онѣ исчезли? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, обратимся къ сравнительному хронологическому указателю, опредѣляющему, какая статья даннаго свода соотвѣтствуетъ данной статьѣ кодифицируемаго закона. Не достаетъ, скажемъ, ст. 10, 11 новыхъ правилъ. Сравнительный указатель отсылаетъ насъ, между прочимъ, къ 178 и 47 ст. Ищемъ эти статьи — и узнаемъ, что онѣ исключены. Такимъ образомъ та статья, которая, по заявленію кодификатора, соотвѣтствуетъ искомому правилу, въ дѣйствительности вовсе не существуетъ,—она исключена.

Я позволю себѣ не утомлять больше вашего вниманія и ограничусь приведенными примѣрами. Я думаю, что они насколько ярки, что я имѣю полное основаніе сказать, что вся работа произведена ниже всякой критики.

Какія же практическія послѣдствія она можетъ принести? Собственно говоря никакихъ. Я уже сказалъ, что между нашими юристами до сихъ поръ происходитъ горячій споръ по вопросу о томъ, что такое сводъ, каково его юридическое значеніе. Само собою разумѣется, что практика наша должна была въ этомъ спорѣ занять какую-нибудь опредѣленную позицію. И въ виду тѣхъ безчисленныхъ ошибокъ (онѣ собраны въ превосходной статьѣ М. А. Лозино-Лозинскаго), которыя имѣются въ продолженіяхъ, правительствующему сенату ничего не оставалось, какъ притти къ тому заключенію, что кодификаціонная переработка свода не обязательна, что разъ установлена наличность ошибокъ, то слѣдуетъ для разрѣшенія даннаго правоотношенія обращаться не къ своду, а къ подлинному закону, къ собранію узаконеній. Разъ это такъ, то очевидно работа кодификаціи могла бы только причинить лишнія затрудненія,—заставляя разыскивать ошибки. Тотъ, кому приходилось имѣть дѣло со сводомъ закона и натыкаться на такія кодификаціонныя ошибки, тотъ прекрасно знаетъ, какія громадныя трудности представляетъ ихъ разысканіе. Но въ данномъ случаѣ и эти затрудненія не были бы велики, ибо все еще настолько свѣжо въ памяти, что замѣтить ошибку, и выяснить ее не составляетъ никакого труда. Но господа кодификаторы отлично понимали, что они дѣлали. Мы знаемъ, напримѣръ, что когда зашла рѣчь объ упраздненіи университетской автономіи, то ея противники съ большимъ успѣхомъ ссылались на „продолженіе“ въ доказательство того, что дѣйствующіе законы не отмѣнены,

они воспроизведены въ продолженіи, слѣдовательно, они существуютъ, и ничего новаго временныя правила 27 августа не внесли, ибо имѣется лишь одно примѣчаніе къ ст. 399, которое говоритъ объ избраніи ректора, а все остальное въ университетѣ должно остаться по старому

Я упоминалъ уже о смѣшанныхъ бракахъ. Несмотря на правила указа о вѣротерпимости, губернаторы отказываютъ сектантамъ въ разрѣшеніи на смѣшанные браки, и они по своему разсуждаютъ правильно. Правда, къ ст. 33 имѣется примѣчаніе, которое эти браки разрѣшаетъ, но оставлена и самая статья, которая эти браки воспрещаетъ. И до сихъ поръ этотъ вопросъ такъ и стоитъ. Смѣшанные браки во многихъ губерніяхъ по усмотрѣнію администраціи не дозволяются. Я не буду нисколько удивленъ, если завтра главное управленіе по дѣламъ печати на основаніи „продолженія“ потребуетъ, чтобы у него испрашивали разрѣшеніе на изданіе газеты.

Теперь, когда идетъ ликвидація всего переходнаго времени, эта кодификаціонная работа составляетъ юридическій фундаментъ, подведенный подъ ликвидацію. Переходные законы должны были бы составить мостъ, по которому Россію хотѣли вести изъ стараго зданія въ новое, широкое зданіе государственности. Это намѣреніе оставлено, и мостъ разрушенъ. Но отъ моста остались обломки, которые безпорядочной кучей своей рѣзали глаза. И вотъ господа кодификаторы подошли тихо и безшумно, подобрали эти обломки и размѣстили ихъ по кладовымъ и глубокимъ тайникамъ свода законовъ, гдѣ они еле-еле замѣтны. Благодаря этому стало опять тихо, чинно и благополучно въ такой же мѣрѣ, какъ это было до 1904 г.

По окончаніи доклада произошелъ обмѣнъ мнѣній.

Князь С. А. Друцкой: Возражать противъ выслушаннаго нами доклада не приходится. Въ дополненіе къ уже высказаннымъ положеніямъ необходимо замѣтить слѣдующее. Сводомъ законовъ дѣйствующее законодательство не исчерпывается. Кромѣ него существуютъ Сводъ Военныхъ Постановленій и Сводъ Военно-Морскихъ Постановленій. Работа по кодификаціи военныхъ постановленій, выполняемая особымъ отдѣломъ при военномъ совѣтѣ, страдаетъ тѣми-же недостатками, что и работа чиновниковъ государственной канцеляріи. Между тѣмъ, въ сводѣ военныхъ постановленій опредѣляются не только

права военнослужащихъ, но и права гражданъ вообще. Такъ новыми правилами учета запасныхъ измѣненъ моментъ, послѣ котораго прекращается состояніе на дѣйствительной службѣ. Явка къ воинскому начальнику замѣнена явкой въ волостное правленіе. Состояніе на дѣйствительной военной службѣ есть юридическое состояніе, опредѣляющее, въ числѣ прочихъ, столь важное право гражданъ, какъ подсудность. А измѣненіе момента, ее измѣняющаго, не нашло своего оправданія въ сводѣ законовъ. Сліяніе всей кодификаціонной работы въ одной организаціи необходимо. Сама работа должна быть поручена законодательнымъ учрежденіямъ. Необходимо, чтобы въ текстѣ новаго закона указывалось, какія статьи дѣйствующаго законодательства имъ отмѣняются и какія и въ какихъ именно выраженіяхъ дополняются и измѣняются. Такъ именно было поставлено дѣло при выработкѣ закона о неприкосновенности личности въ первыхъ двухъ Думахъ.

М. Б. Горнбергъ. Законы переходнаго времени принесли въ нашу жизнь новыя начала права. Усвоеніе ихъ XVI томами свода законовъ задача нашего времени. Порученіе этой работы законодательнымъ учрежденіямъ, во-первыхъ, не соотвѣтствуетъ ихъ задачамъ и имѣющимся въ ихъ распоряженіи средствамъ; во-вторыхъ, по многимъ соображеніямъ едва ли будетъ цѣлесообразной. На Западѣ эта работа была бы выполнена наукой и судебной практикой. У насъ за научной неразработанностью многихъ отдѣловъ свода приходится довольствоваться трудами государственной канцеляріи. Эти труды полны ошибокъ, искаженій самаго смысла кодифицируемыхъ законовъ—это вѣрно. Но ошибки могутъ быть исправлены, искаженія парализованы. Судебная практика давно уже отрицаетъ за сводомъ силу закона. На него можно смотрѣть какъ на законодательный сборникъ, вродѣ дѣйствующаго въ Бессарабіи сборника Арменопуло. Ссылки на сводъ будутъ тогда лишь способомъ цитированія закона. Во всякомъ случаѣ, приводимый по своду текстъ закона вѣренъ лишь до тѣхъ поръ, пока не доказано противное.

П. П. Гронскій. Докладчикъ не указалъ еще на одну ошибку составителей свода. Въ статьѣ 222 закон. основныхъ, Учр. объ Импер. фам., оставлено выраженіе „неограниченный самодержецъ“. Если терминъ самодержецъ, при исключеніи термина неограниченный, употребляемый въ первой части

основныхъ законовъ, можетъ быть толкуемъ въ смыслѣ внѣшней независимости, то ихъ соединеніе вызываетъ справедливыя недоумѣнія. Попытка Н. И. Лазаревскаго толковать, въ данномъ случаѣ, выраженіе „неограниченный самодержецъ", какъ выраженіе патріархальной власти, это недоумѣніе разсѣять не можетъ.

М. А. Унковскій. Для удобства примѣненія, законы должны обладать особыми свойствами: краткостью и ясностью. Ясность достигается особыми пріемами изложенія. Нужны также и соотвѣтственные пріемы толкованія. Путемъ анализа возникающихъ на практикѣ недоумѣній и противорѣчій, я пришелъ къ выводу о необходимости спеціальныхъ средствъ. Выведенныя мною изъ того же анализа средства, по моему мнѣнію, должны значительно облегчить повседневную работу изданія и примѣненія законовъ. На эту тему я предполагаю прочесть въ Юридич. Обществѣ докладъ.

А. И. Каминка. Мнѣніе М. Б. Горенберга пельзя признать правильнымъ. Его исходныя посылки невѣрны. Историческое толкованіе приводитъ насъ къ тому, что сводъ, по замыслу его издателей, долженъ былъ имѣть силу закона. Если теперь, въ примѣненіи къ новому законодательству, сводъ утратилъ силу закона, то лишь вслѣдствіе измѣненія самаго порядка изданія законовъ. Практика тоже свидѣтельствуетъ противъ М. Б. Горенберга. За все время дѣйствія свода было отмѣнено за несоотвѣтствіемъ подлинному тексту закона 10—15 статей свода. Фактически сводъ былъ дѣйствующимъ закономъ. Практика требуетъ опредѣленности закона. Кодексъ долженъ или имѣть силу закона, или быть частнымъ ни для кого необязательнымъ сборникомъ. Недопустимо, чтобы въ глазахъ населенія кодексъ былъ дѣйствующимъ правомъ, а для отдѣльныхъ лицъ—неимѣющимъ обязательной силы частнымъ сборникомъ. Между тѣмъ, именно такой характеръ пріобрѣтаетъ сводъ съ точки зрѣнія М. Б. Горенберга.

Баронъ А. Ф. Мейендорфъ. Насъ, практиковъ, работа государственной канцеляріи избаловала. Намъ кажется, что безъ свода обойтись нельзя. Въ дѣйствительности это не такъ. Мнѣ приходилось работать надъ правомъ губерній Остзейскаго края. На дѣйствующее тамъ крестьянское право работа государственной канцеляріи не распространяется. Ее замѣняютъ труды теоретиковъ и судебная практика. Однако ни-

какой опасности для правильнаго примѣненія закона не замѣчается. Предложеніе князя Друцкого перенести кодификаціонную работу въ законодательныя учрежденія едва ли осуществимо. Здѣсь встрѣтятся затрудненія въ порядкѣ голосованія. Примѣръ изъ практики Государственной Думы—новый законъ объ акцизѣ на табакъ и гильзы. Для того чтобы ввести его въ систему свода, надо расширить содержаніе статьи, опредѣляющей компетенцію глав. управ. неокл. сбор. Баллотировать статьи вмѣстѣ съ дополненіемъ цѣликомъ нельзя. Во-первыхъ, это значитъ одобрить законодательнымъ вотумомъ все содержаніе статьи, не бывшей предметомъ сужденія Государственной Думы; во-вторыхъ, придется допускать поправки по ея отдѣльнымъ частямъ, также Думой не обсуждавшимся. Баллотировать линейную грамматическаго смысла фразу „и табаку и гильзъ“ также едва ли возможно.

В. Д. Кузьминъ-Караваевъ. Не могу согласиться съ мнѣніемъ барона Мейендорфа. Какими бы недостатками ни страдала работа чиновъ государственной канцеляріи, думать о томъ, что ее можно замѣнить работой частныхъ лицъ не приходится. Для послѣднихъ согласованіе новыхъ законовъ съ дѣйствующимъ законодательствомъ вещь невыполнимая. Насколько громадна работа надъ сводомъ видно изъ примѣра первыхъ двухъ думъ. Для согласованія дѣйствующаго законодательства съ проектомъ закона о неприкосновенности личности комиссіи пришлось бы проектировать къ отмѣнѣ свыше 2000 статей свода. Между тѣмъ, самъ проектъ состоялъ въ первой Думѣ изъ 15 статей, во второй изъ 22. Однако сводныя продолженія 1906 г. показываютъ къ какимъ печальнымъ послѣдствіямъ можетъ привести система канцелярской кодификаціи. Отсюда прямой выводъ—перенести кодификаціонную работу на законодательныя учрежденія. Затрудненіе, приводимое барономъ Мейендорфомъ, легко разрѣшимо. Достаточно въ приведенныхъ имъ примѣрахъ ставить на баллотировку такъ: статью такую-то изложить такъ-то. Сохраненіе статьи 222, на что указывалъ П. Н. Гронскій, нельзя поставить въ упрекъ чинамъ государственной канцеляріи. При опубликованіи новыхъ основныхъ законовъ было прямо указано, что учрежд. Импер. фам. остается безъ перемѣнъ.

М. Б. Горенбергъ. Альтернатива А. И. Каминки имѣетъ только теоретическое значеніе. Практически вопросъ ставится

иначе. Признать за сводомъ силу закона — это значитъ согласиться на неизбѣжность непоправимыхъ ошибокъ. Отказаться отъ свода — предоставить отдѣльнымъ учрежденіямъ разбираться въ хаосѣ разрозненныхъ законовъ, работа для нихъ все равно невыполнимая. Въ результатѣ создадутся и пріобрѣтутъ фактически силу закона еще худшіе сборники. Остается одно — признавать за сводомъ силу закона презумптивно, доколѣ не доказана невѣрность подлиннаго закона. Относительно ст. 222 необходимо замѣтить, что вообще учрежд. Импер. фам. неправильно помѣщается въ системѣ основныхъ законовъ. На Западѣ подобные фамильные кодексы, опредѣляющіе власть Монарха въ его семьѣ, всегда издаются отдѣльно. Тотъ-же характеръ носитъ и наше учрежд. Импер. фам. Въ немъ помѣщены исключительно положенія о правѣ брачномъ, наслѣдственномъ, силѣ завѣщательныхъ распоряженій и т. д. Вопросы общегосударственные, напримѣръ, порядокъ престолонаслѣдія въ немъ не рѣшается. Поэтому пользоваться употребленнымъ тамъ терминомъ „неограниченный самодержецъ“ при опредѣленіи власти Монарха, какъ главы государства, было бы ошибочно.

П. П. Гронскій. Допустимъ, что, сохранивъ ст. 222 безъ измѣненія, кодификаціонный отдѣлъ былъ правъ. Однако справедливое недоумѣніе русскаго общества не можетъ быть удовлетворено ни однимъ изъ приведенныхъ толкованій. Единственный исходъ, иниціативу котораго кодификаціонный отдѣлъ долженъ былъ взять на себя,—измѣненіе ст. 222 законодательнымъ порядкомъ.

Докладчикъ І. В. Гессенъ. Позвольте, прежде всего, поблагодарить кн. Друцкого-Любецкаго и П. П. Гронскаго за сдѣланныя весьма цѣнныя дополненія. Въ мою задачу не входило исчерпать всѣ ошибки кодификаціоннаго отдѣла—ихъ слишкомъ много, а указать на наиболѣе откровенныя. По поводу бывшаго здѣсь между М. Б. Горенбергомъ и А. И. Каминкой спора о силѣ дѣйствія свода долженъ сказать, что этотъ вопросъ я намѣренно не включилъ въ содержаніе моего доклада. Фактически, сколько бы мы ни спорили, сводъ будетъ дѣйствующимъ законодательствомъ. Исправленіе свода путемъ указанія несоотвѣтствій съ текстомъ подлиннаго закона—работа почти невыполнимая. По своей практикѣ помню сколько пришлось возиться по такому ничтожному вопросу, какъ опредѣленіе сокращенныхъ сроковъ

службы въ Царствѣ Польскомъ, когда жалобщикъ ссылался на неправильность редакціи свода. Въ томъ, что законъ примѣняется въ редакціи чиновниковъ государственной канцеляріи и заключается трагизмъ положенія. Возбужденный бар. Мейндорфомъ вопросъ едва ли правильно разрѣшается предложеніемъ В. Д. Кузьмина-Караваева. Въ его формулировкѣ все-таки заключается крайне нежелательное косвенное одобреніе дополняемой статьи. Гораздо правильнѣе голосовать новый законъ самостоятельно, не считаясь со сводомъ. Также не могу согласиться съ В. Д. относительно ст. 222. Чины кодификаціоннаго отдѣла не были уполномочены измѣнять учрежд. Императ. фам., но они должны были зарегистрировать происшедшее съ изданіемъ новыхъ основныхъ законовъ измѣненіе въ терминахъ нашего законодательства.

Предсѣдатель В. Д. Кузьминъ-Караваевъ. Позвольте передъ закрытіемъ собранія поблагодарить Іос. Влад. за крайне интересный докладъ. Объявляю собраніе закрытымъ.

Протоколъ засѣданія административнаго отдѣленія

29 апрѣля 1909 года.

Засѣданіе открывается въ 9 час. вечера.

Предсѣдательствуетъ *В. Д. Кузьминъ-Караваевъ.*

Предметы занятій: 1. Избраніе предсѣдательствующаго, товарища предсѣдательствующаго и членовъ редакціоннаго комитета административнаго отдѣленія. 2. Докладъ *К. Л. Берманьскаго*: *„Турецкая конституція и исламскій калифатъ“.*

Закрытой баллотировкой избраны: предсѣдательствующимъ *В. Д. Кузьминъ-Караваевъ*; товарищемъ предсѣд. *М. М. Ковалевскій* и членами комитета: *В. М. Гессенъ*, *І. В. Гессенъ* и *Н. И. Лазаревскій.* По предложенію комитета, избранъ членомъ-сотрудникомъ отдѣленія *К. Л. Берманьскій.*

Слово предоставляется докладчику. Содержаніе доклада въ существенныхъ чертахъ сводится къ слѣдующему:

1-го апрѣля текущаго года, Божьей милостью, согласно конституціи и по желанію народа, вступилъ на престолъ Имперіи Османовъ Султанъ Магометъ V. Возстановленіе турецкой

конституціи, съ точки зрѣнія Европейской политики, имѣетъ громадное значеніе. Съ точки зрѣнія науки права, оно представляется также событіемъ интереснымъ и важнымъ. На судьбу Турціи въ Европѣ господствуетъ пессимистическое воззрѣніе. Широко распространено убѣжденіе, что турки—временные гости въ Европѣ, что, по образному выраженію Шатобріана, они остановились здѣсь „обозомъ“. Правда, благочестивые мусульмане Константинополя завѣщаютъ хоронить ихъ въ Скутари, на Мало-Азіатскомъ берегу, дабы въ будущемъ ихъ могилы не были поруганы гяурами. Но турки Румеліи и Македоніи уходить не собираются. Реклю полагаетъ, что для того, чтобы ихъ прогнать, ихъ надо уничтожить. Вообще говоря, уже одно то, что 50 лѣтъ говорятъ о „больномъ человѣкѣ“ вызываетъ сомнѣнія въ его близкой смерти.

Окажется устойчивымъ или нѣтъ новый конституціонный строй? Для судебъ современной Турціи этотъ вопросъ является кореннымъ. Окажется или нѣтъ? Въ условіяхъ турецкой жизни это въ значительной мѣрѣ значитъ: отвѣчаетъ ли онъ религіознымъ убѣжденіямъ населенія? Есть ли противорѣчіе между конституціей и религіознымъ кодексомъ мусульманъ? Это уже вопросъ юридическій. Его разрѣшеніе требуетъ обзора основныхъ элементовъ государства, территоріи, населенія и власти.

Современное государственное право опредѣляетъ территорію, какъ предѣлъ государственнаго властвованія. Это формальное пониманіе не включаетъ въ себя многихъ существенныхъ для государственнаго строя свойствъ территоріи. Между тѣмъ именно съ этой стороны территорія Имперіи Османовъ представляетъ характерныя особенности. Замѣчательно, что всѣ монархи, на протяженіи вѣковъ владѣвшіе Константинополемъ, владѣли одновременно обѣими ея частями: Европейской и Мало-Азіатской. Теряя одну изъ нихъ, они утрачивали свою власть. По этнографическимъ и узко-географическимъ свойствамъ обѣ части рѣзко противоположны. Ихъ историческая спайка лежитъ въ условіяхъ: обще-географическихъ, международнаго обмѣна товаровъ, и стратегическихъ. Въ Константинополѣ сходятся оси двухъ материковъ—Европы и Азіи и двухъ морей—Средиземнаго и Чернаго. Константинополь же пересѣкаютъ историческія торговыя дороги. Тотъ, кто владѣетъ Константинополемъ, черезъ Босфоръ владѣетъ бассейнами Дуная, Днѣпра и Ріона. Въ Малой Азіи повелители Константинополя держатъ въ своихъ рукахъ Килликійскія ворота, историческій проходъ для народовъ Востока въ Европу.

Населеніе Турціи представляетъ собой этнографическую мозаику. Особенно интересна карта Малой Азіи. Тавръ и Антитавръ дѣлятъ ее на двѣ части. На востокъ лежитъ арабская часть, на западъ турецкая. По серединѣ горная полоса, занятая курдами, туркменами и армянами. Турки и арабы рѣзко противоположны другъ другу. По расѣ: арабы—семиты, турки—монголы; по темпераменту: турки сѣверяне, арабы — южане; затѣмъ по языку, культурѣ, міросозерцанію. Общимъ является одна религія. Но и она не спаиваетъ ихъ. Въ арабской части турецкое населеніе представлено чиновниками эксплоататорами. Власть поддерживается военными гарнизонами. Едва ихъ уводятъ, вспыхиваютъ возстанія.

Источникъ турецкаго государственнаго строя—исламъ. Магометъ засталъ въ Мединѣ лишь рядъ самостоятельныхъ родовъ. Ихъ онъ соединилъ въ одну „Божью общину“. Въ нее вошли арабы—мусульмане, арабы—язычники, евреи. Кромѣ того арабы дѣлились на городскихъ и жителей пустыни, бедуиновъ, имѣвшихъ свою военно-походную организацію. Во внутреннюю жизнь родовъ, Магометъ не вмѣшивался. Его политика вполнѣ объясняется и вполнѣ отвѣчаетъ его завоевательнымъ планамъ. Цѣликомъ теократической была только власть Магомета. Онъ одинъ былъ пророкомъ. Его преемники носятъ уже титулъ калифовъ (замѣстителей). Болѣе теократической была власть первыхъ четырехъ калифовъ. Со смертью послѣдняго изъ нихъ Алія, свѣтскій характеръ власти сталъ преобладающимъ. Затѣмъ сама власть калифовъ стала отъ нихъ постепенно отходить къ султанамъ. Султанъ слово сирійское означаетъ военачальникъ. На организацію государственной власти въ имперіи калифовъ сильное вліяніе оказало завоеваніе Персіи. Отъ свергнутой ими династіи Сусанидовъ калифы переняли деспотическое управленіе, почитавшееся тогда на Востокѣ образцово поставленнымъ въ Персіи. Отъ XI вѣка до насъ дошелъ взглядъ, что чиновникъ выше подданнаго. Въ условіяхъ арабской жизни онъ былъ бы невозможенъ.

Въ XIV столѣтіи въ Мусульманское государство вошелъ новый элементъ въ лицѣ турокъ. Появившись на исторической сценѣ, турки повели завоевательную политику на оба фронта. Въ Европѣ они завоевывали славянскія и византійскія земли, въ Малой Азіи подчиняли себѣ власть калифовъ. Въ послѣднемъ отношеніи они предпочитали держаться осторожной политики, беря калифовъ подъ свое покровительство, и фактически лишая ихъ власти и

значенія. Только въ началѣ XVI вѣка калифы пали окончательно. Послѣдній изъ нихъ бѣжалъ и умеръ въ 1517 г. Въ то же время турецкій султанъ Османъ получилъ отъ разбитаго имъ мамелюкскаго султана титулъ хаджи: покровителя дома Алія въ Меккѣ и могилы пророка въ Мединѣ. Этимъ годомъ и закончилось сосредоточеніе власти въ мусульманскомъ мірѣ въ рукахъ турецкихъ султановъ. Титула калифовъ они не получили. Въ источникахъ есть на это прямыя указанія. Впервые султанъ былъ названъ калифомъ европейцами, а именно русскими въ XVIII вѣкѣ въ Куйчукъ-Кайнарджійскомъ договорѣ. Затѣмъ этотъ титулъ укрѣпился за нимъ, какъ въ европейскомъ, такъ и въ мусульманскомъ мірѣ. Въ русской литературѣ вопросъ объ историческомъ преемствѣ титула калифовъ особенно подробно разработанъ профессоромъ Бартольдомъ. Если съ исторической точки зрѣнія султанъ не калифъ, то и съ догматической точки зрѣнія онъ не удовлетворяетъ тѣмъ требованіямъ, которыя предъявляетъ къ калифу шаріатъ. Калифъ долженъ быть изъ рода корейшидовъ. Несмотря на всѣ искусственныя попытки связать царствующую династію съ родомъ корейшидовъ, эта связь остается очень проблематической. Калифъ долженъ быть хаджей — богомольцемъ, совершившимъ путешествіе въ Мекку. Ни одинъ султанъ въ Меккѣ не былъ. Наконецъ, самое важное—султанъ не арабъ, онъ не происходитъ изъ народа пророка.

Теоретически, съ точки зрѣнія шаріата, власть султана всегда была ограничена. Теократическія государства могутъ быть сведены къ двумъ типамъ: теократіи абсолютной и относительной. Въ абсолютной теократіи божественная воля находитъ свое непосредственное выраженіе въ дѣйствіяхъ власти. Въ относительной—она нашла уже разъ свое неизмѣнное выраженіе въ извѣстномъ памятникѣ, съ нормами котораго должна быть согласована дѣятельность власти. Власть въ мусульманскомъ государствѣ организована по второму типу. Законодательной власти въ европейскомъ смыслѣ султанъ не имѣетъ. Всѣ нормы права независимо отъ него уже установлены въ шаріатѣ. Власть султана выражается въ томъ, что въ предѣлахъ этихъ нормъ, въ цѣляхъ ихъ осуществленія, онъ можетъ издавать повелѣнія. Эти повелѣнія — кануны — съ точки зрѣнія государственнаго права скорѣе всего могутъ быть названы указами. Конечно, между ними и шаріатомъ возможны противорѣчія, почему для ихъ примѣненія необходимо толкованіе шаріата. Но власть толкованія не принадлежитъ султану. Имъ

занимается особая корпорація улемовъ, опирающаяся въ своей дѣятельности на общественное признаніе.

Исторически свѣтское и духовное законодательство, шаріатъ и кануны, развивались самостоятельно. Возможность прогресса не исключается теоретической неподвижностью разъ навсегда установленныхъ формъ шаріата. Его постановленія въ достаточной мѣрѣ общи и гибки, чтобы слѣдить за развитіемъ жизни. Однако эта дѣятельность улемовъ была задержана и парализована указной дѣятельностью султановъ. Послѣдняя развивалась широко. Особенно замѣчателенъ въ этомъ отношеніи Сулейманъ II. Европейцы прозвали его великолѣпнымъ, турки законодателемъ. Сами султанскіе кануны нерѣдко издавались внѣ вліянія шаріата и во многомъ ему противорѣчатъ. Такъ, напримѣръ, обстоитъ дѣло съ столь важнымъ для государственнаго бытія вопросомъ, какъ порядокъ престолонаслѣдія.

Въ XIX вѣкѣ реформаторская дѣятельность султановъ находится въ неразрывной связи съ внѣшнимъ положеніемъ Турціи. Каждое международное осложненіе, угрожавшее цѣлости имперіи османовъ, сопровождалось реформами. Такъ въ 1839 году въ разгаръ борьбы съ египетскимъ хедивомъ Магометомъ-Али былъ изданъ гюльканскій гатти-шерифъ. Въ немъ, между прочимъ, говорится объ ограниченіи казней и конфискацій, о правильномъ распредѣленіи податей, отвѣтственности чиновниковъ и другихъ реформахъ. Въ 1836 году христіанскимъ подданнымъ была предоставлена свобода исповѣданія вѣры. Затѣмъ послѣдовалъ рядъ кануновъ какъ-то: уголовный и гражданскій кодексы, законъ, опредѣляющій положеніе греческой церкви, учрежденіе Государственнаго Совѣта, организація провинціальнаго управленія, въ частности вилайетовъ. Въ 1876 году эта эпоха, извѣстная на Востокѣ подъ именемъ Танзимата, закончилась изданіемъ конституціи.

Конституція 1876 года должна была, по замыслу Абдулъ-Гамида, предотвратить русско-турецкую войну; это не удалось, война состоялась, и конституція сошла на нѣтъ. Оффиціально она отмѣнена не была и аккуратно перепечатывалась въ сборникѣ законовъ. Не собирался только парламентъ. Образцомъ для турецкой конституціи послужила Бельгійская. Съ внѣшней стороны источникъ скопированъ точно; съ внутренней стороны есть существенныя измѣненія. Престолъ переходитъ къ старшему въ родѣ. Принцы крови пользуются одинаковой съ прочими гражданами охраной закона: своеобразная гарантія отъ дворцовыхъ убійствъ

и расправы съ претендентами. Султанъ-защитникъ ислама и духовный глава мусульманъ. Право роспуска палаты принадлежитъ султану, причемъ срокъ созыва слѣдующей не опредѣленъ. Сенатъ не вторая палата въ европейскомъ смыслѣ, а органъ надзора за соблюденіемъ законовъ. Права гражданъ опредѣлены въ общей формѣ съ неизбѣжной оговоркой — въ предѣлахъ установленныхъ закономъ. Въ 1908 году въ конституцію внесенъ рядъ дополненій. Среди нихъ характерныя для Турціи: отмѣна рабства, сохранившагося въ видѣ мужской прислуги-негровъ и гаремныхъ женщинъ-грузинокъ и черкешенокъ, расширеніе неприкосновенности личности запрещеніемъ ставить вокругъ дома стражу.

Приведенныя данныя о территоріи, населеніи и организаціи власти въ государствѣ османовъ даютъ достаточный матеріалъ для разрѣшенія вопроса о соотвѣтствіи между шаріатомъ и конституціей. Конституція не противорѣчитъ шаріату. Султанъ не калифъ. Его власть свѣтская. Если бы она была самодержавной, то со стороны шаріата нѣтъ препятствій, чтобы султанъ изданіемъ конституціи ограничилъ ее. Съ другой стороны, шаріатъ знаетъ ограниченіе власти султановъ со стороны корпораціи улемовъ. Ея власть, какъ мы видѣли, исходитъ изъ общественнаго признанія. Замѣна авторитета другой формой общественнаго довѣрія, народнымъ избраніемъ, также не противорѣчитъ шаріату. Этотъ взглядъ на отсутствіе противорѣчій между конституціей и шаріатомъ подтверждается широкимъ участіемъ улемовъ въ освободительномъ движеніи.

По окончаніи доклада начались пренія.

Н. Н. Мартыновичъ. Противъ основного тезиса докладчика нельзя спорить. Конституція не противорѣчитъ шаріату. Въ подтвержденіе этого тезиса необходимо еще указать на одно. Въ началѣ ислама каждая норма права для того, чтобы стать закономъ, нуждалась не только въ согласіи улемовъ, но и въ одобреніи всей общины. Впослѣдствіи, съ ростомъ численности правовѣрныхъ, этотъ институтъ вывелся, но его слѣды есть въ шаріатѣ. Но юридическая часть доклада требуетъ возраженій. Включеніе Аравіи въ Малую Азію ошибочно. Туркмены не сосредоточены между тавромъ и антитавромъ, а разсѣяны по всему полуострову. Монгольское происхожденіе турокъ въ наукѣ вопросъ по меньшей мѣрѣ спорный.

І. А. Шендзиковскій. Трудно думать, чтобы шаріатъ могъ

служить препятствіемъ для развитія турецкой конституціи. Исторія показываетъ, что борьба между церковью и государствомъ приводитъ въ концѣ концовъ къ ихъ мирному сожительству. Турція, какъ мы видимъ, не составляетъ въ этомъ отношеніи исключенія. Гораздо серьезнѣе другое соображеніе. На Западѣ конституціонализмъ исторически выросъ изъ феодализма. Въ Россіи начало народнаго представительства восходитъ къ вѣчевому укладу. Турецкій парламентъ такихъ корней въ прошломъ не имѣетъ, а это заставляетъ сомнѣваться въ его долговѣчности.

Гр. П. М. Толстой. Аналогія между кануномъ и шаріатомъ, указомъ и закономъ едва ли правильна. Сравненіе съ основными законами и обычнымъ законодательствомъ было бы болѣе точнымъ. Нельзя забывать также, что шаріатъ, къ толкованію котораго призваны улемы, есть религіозный кодексъ. Выводить ограниченіе власти султана народнымъ представительствомъ изъ ограниченія ея корпораціей улемовъ рискованно. Вообще говоря, мы всѣ желаемъ расцвѣта турецкой конституціи, намъ очень хотѣлось бы, чтобы она не встрѣтила препятствій въ шаріатѣ. Но доводы докладчика въ этомъ отношеніи представляются мало убѣдительными.

Докладчикъ К. Л. Берманьскій. Вопросъ объ устойчивости турецкой конституціи въ цѣломъ не входитъ въ содержаніе доклада. Его цѣль лишь дать юридическій базисъ для рѣшенія этого вопроса. Поэтому возраженіе І. А. Шендзиковскаго выходитъ за рамки препій. Однако съ его пессимизмомъ во всякомъ случаѣ нельзя согласиться. Исходный пунктъ разсужденій гр. П. М. Толстого невѣренъ. Шаріатъ—кодексъ общественнаго права, но не по своему содержанію, а по источнику и по формѣ. Содержаніе же его, надъ которымъ работаютъ улемы, охватываетъ всѣ стороны жизни. Включая Аравію въ Малую Азію, на что указывалъ Н. Н. Мартыновичъ, я слѣдовалъ за авторитетомъ Реклю. Согласенъ, что нельзя съ категоричностью утверждать, что турки—монголы, но ихъ монгольское происхожденіе имѣетъ много данныхъ за себя.

Предсѣдатель В. Д. Кузьминъ-Караваевъ. Данныя, приведенныя докладчикомъ, лишній разъ показываютъ, въ какой мѣрѣ мы, европейцы, должны быть осторожны въ своихъ выводахъ о государствахъ Азіи. Примѣръ Китая, до конца своеобразнаго, во многомъ для европейцевъ прямо непонятнаго

въ этомъ отношеніи, особенно поучителенъ. Въ Турціи также много чуждыхъ намъ бытовыхъ особенностей. Успѣхъ согласованія съ ними началъ европейскаго государственнаго строя во многомъ будетъ зависѣть отъ умѣнія и такта творцовъ турецкой конституціи. Прежде чѣмъ закрыть собраніе, позвольте поблагодарить докладчика за весьма интересное сообщеніе. Объявляю засѣданіе закрытымъ.

Протоколъ засѣданія отдѣленія обычнаго права

18 апрѣля 1909 г.

Предметомъ занятій служили:

1) Избраніе редакціоннаго комитета отдѣленія обычнаго права.

2) Докладъ дѣйствительнаго члена общества *В. В. Акимова*: „*Семейная собственность у крестьянъ и народное правосознаніе*“.

Засѣданіе было открыто предсѣдателемъ отдѣленія *И. М. Тютрюмовымъ* въ 8 1/2 ч. вечера. Произведенная баллотировка дала слѣдующіе результаты: Предсѣдательствующимъ редакціоннаго комитета отдѣленія обычнаго права былъ избранъ *И. М. Тютрюмовъ* (большинствомъ 9 голосовъ изъ 10); товарищемъ предсѣдательствующаго—*А. А. Леонтьевъ* (большинствомъ 8 голосовъ); членами редакціоннаго комитета: *В. В. Акимовъ* (9 гол.), *К. К. Ватсонъ* (9 гол.), *А. М. Евреинова* (8 гол.).

Затѣмъ слово было предоставлено *докладчику В. В. Акимову*, изложившему свой докладъ, положенія котораго заключались въ слюдующемъ:

1. Институтъ семейной собственности—одинъ изъ наиболѣе типическихъ для народнаго правовоззрѣнія.

2. Значеніе вопроса о немъ двоякое: а) *теоретическое* и *практическое:*

а) съ *теоретической* точки зрѣнія—онъ характеренъ тѣмъ, что отражаетъ въ себѣ своеобразную конструкцію крестьянской семьи, въ основу которой легли коллективизмъ и трудовое начало.

б) съ *практической* точки зрѣнія—правильное разрѣшеніе вопроса о семейной собственности въ крестьянскомъ быту

важно потому, что по свидѣтельству судебныхъ дѣятелей, огромный процентъ исковыхъ дѣлъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ составляютъ именно споры о надѣлѣ.

3. Наличность института семейной собственности у крестьянъ констатируется не только рѣшеніями волостныхъ судовъ, общихъ судебныхъ мѣстъ и сенатскою практикою, но и изслѣдованіями народной жизни, производившимися какъ отдѣльными лицами, такъ и оффиціально назначавшимися комиссіями и совѣщаніями, въ частности — Редакціонной Комиссіей по составленію проекта Гражданскаго Уложенія.

4. Указъ 9 ноября 1906 года и связанные съ нимъ послѣдующіе акты и законопроекты, проводя принципъ индивидуальной собственности, даютъ и институту семейной собственности постановку, исходящую изъ отрицанія семейныхъ особенностей у крестьянъ, благодаря чему вся конструкція противорѣчитъ народнымъ взглядамъ на этотъ институтъ.

Докладъ *В. В. Акимова* гласилъ:

I.

Два момента придаютъ отличительный характеръ не только имущественнымъ отношеніямъ крестьянства, но и всему его правовому быту. Это—*трудовое начало и общая семейная собственность.*

У земледѣльческихъ народовъ, прежде чѣмъ они достигли того уровня экономическаго развитія, когда накопленный капиталъ начинаетъ играть роль въ земледѣльческой промышленности, главное, даже исключительное значеніе въ опредѣленіи имущественныхъ правъ каждой личности имѣетъ его личный трудъ. Онъ является тѣмъ единственнымъ источникомъ, изъ котораго для человѣка возникаютъ опредѣленныя, охраняемыя закономъ или обычаемъ права на пользованіе различнаго рода имущественными выгодами. Это—характерная черта для народовъ, развитіе которыхъ шло болѣе мирнымъ путемъ. Иначе обстоитъ дѣло у народовъ завоевателей, гдѣ выработалось понятіе о томъ, что главнымъ источникомъ пріобрѣтенія (а, слѣдовательно, собственности) является завладѣніе чужимъ имуществомъ.

Земледѣльческій трудъ, однако, по самому свойству своему, не можетъ быть успѣшенъ безъ соучастія многихъ лицъ, откуда естественно получается выводъ, что добытое этимъ трудомъ имущество составляетъ общую принадлежность всѣхъ соучастниковъ

работъ, какими обыкновенно бываютъ члены одной семьи. У народа мирнаго, земледѣльческаго было бы несправедливо присвоивать одному домовладыкѣ исключительное право на имущество, добытое коллективнымъ трудомъ всѣхъ членовъ семьи. Въ дѣйствительности, мы и видимъ, что у древнихъ индусовъ, въ противоположность римлянамъ, обработанная земля считалась собственностью не того, кто завладѣлъ ею (въ смыслѣ римской occupatio), а того, кто расчистилъ лѣсъ и обработалъ расчищенную землю. Имущество тамъ считалось общею собственностью семьи и никто не имѣлъ права самовольно распоряжаться имъ безъ согласія другихъ членовъ семьи. Наслѣдство не дѣлилось, а дѣти оставались въ общемъ владѣніи имъ по смерти отца, особенно пока мать находилась въ живыхъ. Завѣщанія не имѣли современнаго смысла, а были не болѣе, какъ раздѣлами между законными наслѣдниками того, что принадлежало каждому по праву и не могло быть отнято у него завѣщаніемъ. Личною собственностью считалось только то, что пріобрѣтено извѣстными, обычаемъ установленными способами (главнымъ образомъ—военная добыча) и т. д. Аналогія индусскаго строя съ бытомъ нашихъ крестьянъ бросается въ глаза каждому изслѣдователю.

Точно также въ германскомъ правѣ укоренилось понятіе объ общей собственности семьи, если не на все, добытое трудомъ ея членовъ, то, по крайнѣе мѣрѣ, на основной капиталъ, главнымъ образомъ—на поземельную собственность, какъ достояніе рода. Отсюда—право выкупа и преимущественной покупки (Vorkauf) со стороны родственника.

Еще ближе въ этомъ отношеніи къ нашему обычному праву народный бытъ во Франціи до революціи. Въ семействахъ вилановъ общность имущества установлялась совмѣстной жизнью въ теченіе года и дня, независимо отъ родства или брака между совмѣстно живущими. Раздѣльная жизнь въ теченіе такого же періода времени уничтожала пріобрѣтенное уже право на часть имущества данной communauté. Отсюда общность имуществъ между супругами, какъ лицами совмѣстно живущими и работающими. Смертью мужа communauté не прекращалось, но продолжала существовать подъ главенствомъ матери. Несмотря на то, что законъ тамъ уничтожилъ оффиціальное существованіе communauté еще въ 1566 году,—они продолжали существовать еще долгое время послѣ этого и даже сохранились до настоящаго времени въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ, въ видѣ особой формы хо-

зяйства, которую Леплѐ называетъ „*famille sauche*“. Эта форма хозяйства состоитъ въ томъ, что имущество семьи считается общею собственностью всѣхъ ея членовъ; глава семьи избираетъ себѣ преемника, большака, который продолжаетъ вести хозяйство послѣ его смерти, при главенствѣ и пожизненномъ владѣніи вдовы-матери. Такой порядокъ (весьма сходный, кстати сказать, съ существующимъ у нашихъ крестьянъ) защищается цѣлымъ теченіемъ въ юридической и экономической литературѣ и Леплѐ предлагалъ даже ввести его, какъ самый раціональный, закономъ для всей Франціи.

Эти начала играютъ въ быту нашихъ крестьянъ гораздо большую роль, чѣмъ у какого-либо другого народа, что объясняется особенностью экономическаго положенія нашего крестьянства. Экономическая производительность у крестьянъ поглощаетъ всѣ другія стороны личности, съ тѣмъ различіемъ, что здѣсь цѣнность личности опредѣляется не капиталомъ, находящимся въ ея обладаніи, ибо такового обыкновенно не имѣется, а личнымъ ея трудомъ и, притомъ, трудомъ грубымъ, мускульнымъ, а не тѣмъ, который представляетъ результатъ подготовки, обученія и особенныхъ способностей, вслѣдствіе чего онъ имѣетъ уже значеніе капитала. Всякія отвлеченныя правовыя и другія начала уступаютъ мѣсто идеѣ труда, со всѣми ея послѣдствіями, не только въ имущественной сферѣ, но и тамъ, гдѣ, повидимому, должны преобладать другія начала. Бракъ у крестьянъ имѣетъ значеніе имущественной сдѣлки, на своихъ же дѣтей родители смотрятъ, главнымъ образомъ, какъ на рабочую силу. Кровное родство и вытекающія изъ него правоотношенія, отступаютъ здѣсь на задній планъ передъ экономическимъ принципомъ. Народный взглядъ на трудъ служитъ также основаніемъ упомянутаго выше обычая, въ силу котораго опекунъ имѣетъ право на пользованіе доходами съ имущества опекаемаго. По условіямъ крестьянскаго хозяйства, имущество крестьянина можетъ давать доходъ только благодаря приложенію къ нему человѣческаго труда и лишь въ такомъ размѣрѣ, чтобы оплачивать этотъ трудъ. На этомъ же взглядѣ основанъ обычай регулирующій, какъ у нашихъ, такъ и у нѣмецкихъ крестьянъ отношенія между собственникомъ земли и другимъ лицомъ, самовольно обработавшимъ его землю. По одному рѣшенію волостного суда—хозяинъ земли получаетъ въ подобномъ случаѣ $^1/_3$ часть урожая, по другому—онъ получаетъ $^1/_2$ урожая, но вознаграждаетъ засѣявшаго за $^1/_2$ сѣмянъ. Въ третьемъ рѣ-

шеніи различается добросовѣстное, по ошибкѣ, засѣяніе чужой земли отъ недобросовѣстнаго, причемъ въ первомъ случаѣ засѣявшій получаетъ весь урожай, но платитъ собственнику арендныя деньги за пользованіе землей по цѣнамъ, существующимъ въ данной мѣстности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ проглядываетъ народное обычно-правовое воззрѣніе, придающее труду первенствующее значеніе въ земледѣльческомъ производствѣ, благодаря чему признается право вознагражденія даже за трудъ, употребленный на пользу чужого имущества безъ договора съ владѣльцемъ этого имущества, особенно, если это произошло *bona fide*, вслѣдствіе извинительной ошибки и т. п. Не подлежитъ сомнѣнію, что наши общіе суды отнеслись бы къ этимъ случаямъ иначе, а именно—признали бы право собственника воспользоваться безъ всякаго вознагражденія результатами труда и капитала, употребленныхъ постороннимъ лицомъ на обработку его земли или рубку его лѣса.

Этотъ взглядъ на роль труда въ производствѣ и во всемъ обиходѣ крестьянина имѣетъ весьма важное значеніе при оцѣнкѣ институтовъ крестьянскаго обычнаго права, въ частности—собственности и особенно *семейной*. Тѣмъ не менѣе въ послѣднее время оффиціальное признаніе получило отрицательное отношеніе къ бытовому укладу нашего народа. Аргументируя, однако, противъ какого бы то ни было обычно-правового института, нельзя начинать спора съ отрицанія существованія самаго обычая въ крестьянской средѣ. При такихъ условіяхъ „споръ“ до нельзя упрощается, ибо самый предметъ спора... устраняется. Не такъ давно, напр., сдѣлана была попытка, простой ссылкой на отсутствіе въ законѣ болѣе или менѣе обстоятельныхъ опредѣленій о семейной собственности у крестьянъ, опровергнуть наличность въ крестьянской средѣ этого института (Д. И. Пестржецкимъ на столбцахъ „Новаго Времени“).

Если стать на такую точку зрѣнія, то придется отвергнуть многое въ крестьянскомъ бытѣ, что, однако, признается всѣми и съ чѣмъ считается законъ. Чтобы не быть голословнымъ, сошлюсь въ данномъ случаѣ на мнѣніе редакціонной комиссіи по пересмотру законоположеній о крестьянахъ. По авторитетному мнѣнію этой комиссіи, приходится сознаться, что, исходя исключительно изъ постановленій закона, нельзя будетъ получить ясныхъ категорическихъ отвѣтовъ ни на одинъ изъ основныхъ вопросовъ, возникающихъ изъ крестьянскихъ поземельныхъ отношеній: мы,

напр., не будемъ знать, говоритъ названная комиссія, что разумѣть подъ „надѣльной землей“, составляетъ ли надѣлъ личную собственность домохозяина или онъ находится въ общемъ владѣніи всей его семьи, безъ согласія которой онъ всецѣло имъ распоряжаться не можетъ, въ чемъ состоитъ существо и пространство правъ крестьянъ на отдѣльные виды крестьянскихъ земель, усадебныхъ и полевыхъ, какъ при общинной формѣ пользованія землей, такъ и при подворно-наслѣдственной и т. д.

Всѣ эти коренные вопросы закономъ или вовсе не затрагиваются, или если и затрагиваются, то разрѣшаются далеко не опредѣлительно.

Неужели на этомъ основаніи можно отвергать наличность всѣхъ только что перечисленныхъ институтовъ въ деревнѣ? Тогда, вѣдь мы должны будемъ признать, что, напр., вообще, „общины“ не существуетъ даже, ибо въ „особомъ приложеніи“ къ т. IX Св. Законовъ не встрѣчается собственно термина „община“, а рѣчь всегда идетъ о сельскомъ обществѣ. Надо удивляться, какъ сторонники разрушенія общины не воспользовались столь простымъ способомъ, чтобы разъ навсегда вычеркнуть общину изъ правового обихода русскаго народа! Дѣло, однако, въ томъ, что изъ умолчанія закона нельзя, по правиламъ юридической логики, выводить объ отрицаніи закономъ даннаго института; точно также изъ сбивчивыхъ опредѣленій закона о видахъ собственности и владѣнія у крестьянъ нельзя заключать объ отсутствіи у нихъ сколько-нибудь ясныхъ представленій по этимъ предметамъ. Ничего не можетъ быть, вообще, безнадежнѣе ссылки на законы, регулирующіе крестьянскій бытъ, въ подкрѣпленіе своихъ мнѣній, какъ о фактическомъ, такъ и о юридическомъ положеніи крестьянскихъ поземельныхъ отношеній: вѣдь эти законы давно признаны всѣми совершенно устарѣлыми, переставшими отвѣчать сложившемуся въ деревнѣ правопорядку, а потому—можно ли ссылаться на то, что признается подлежащимъ неотложной отмѣнѣ? Правда, вышеупомянутая редакціонная комиссія имѣетъ въ виду прежнее изданіе „Особаго Приложенія“ къ т. IX Свода Законовъ. Всѣ, однако, прекрасно знаютъ, что новое изданіе того же „Особаго Приложенія“ ничего новаго въ сущность законоположеній о крестьянахъ не внесло, ограничившись формальными кодификаціонными исправленіями и дополненіями. Мало того, новое изданіе „Особаго Приложенія“ возбудило на практикѣ рядъ новыхъ недоразумѣній, такъ что и въ спеціальной и въ общей печати

раздался рядъ голосовъ, не безъ основанія заявлявшихъ, что для уразумѣнія этого новаго изданія слѣдовало бы опубликовать объяснительную къ нему записку. Не утомляя вниманія перечисленіемъ всѣхъ кодификаціонныхъ промаховъ этого новаго изданія, извѣстныхъ каждому спеціалисту по крестьянскому вопросу, укажу лишь на то, что формально-тенденціозное отношеніе къ предмету повело къ тому, что въ немъ съ яркою выпуклостью запечатлѣлось новѣйшее законодательство о крестьянахъ съ его вмѣшательствомъ въ семейные раздѣлы, передѣлы, отчужденіе земель и т. д., вплоть до крестьянскаго самоуправленія. Ссылками на такой источникъ, какъ въ опроверженіе, такъ и въ утвержденіе институтовъ обычнаго права, ничего нельзя доказать, а можно лишь еще болѣе запутать дѣйствительное положеніе. Тѣмъ не менѣе противники крестьянскаго бытового уклада съ неизмѣннымъ упорствомъ дѣлаютъ подобныя ссылки каждый разъ, когда необходимо покончить съ тѣмъ или другимъ обычно-правовымъ институтомъ. Отмѣчу кстати, что, вопреки недавно высказанному въ печати мнѣнію (г. Нестржецкимъ), подавляющее количество сенатскихъ рѣшеній признаетъ семейную собственность на подворные и усадебные участки (на стр. 125 проекта упомянутой комиссіи указывается, напр., 21 рѣшеніе). Необходимость признать во всѣхъ случаяхъ усадебную землю собственностью крестьянскихъ семействъ весьма убѣдительно доказывалъ теперешній товарищъ министра внутреннихъ дѣлъ А. И. Лыкошинъ въ появившейся въ 1900 году статьѣ „Семейная собственность у крестьянъ“ (Журналъ Мин. Юстиціи, 1900 г., №№ 5 и 6). Въ то время г. Лыкошинъ работалъ въ редакціонной комиссіи по пересмотру нашихъ гражданскихъ законовъ и именно только что упомянутая работа его легла въ основаніе объясненій проекта названной комиссіи къ статьѣ 468.

Впрочемъ, ни отжившій свое время и неудачный при самомъ своемъ появленіи законъ, ни толкующая этотъ отжившій законъ сенатская практика не могутъ съ достаточною авторитетностью предрѣшить вопросъ о наличности того или другого обычно-правового крестьянскаго института. Надо обратиться къ сборникамъ народно-правовыхъ обычаевъ, къ свидѣтельству и изслѣдованіямъ лицъ, близко занимавшихся народнымъ юридическимъ бытомъ и къ рѣшеніямъ волостныхъ судовъ. Только такимъ путемъ вопросъ о преобразованіи законоположеній, призванныхъ регулировать крестьянскія поземельныя отношенія, былъ бы поставленъ на твердое основаніе народнаго правового сознанія.

II.

Одинъ изслѣдователь обычнаго народнаго права сравниваетъ это право съ живой полноводной рѣкой, задержанной у села плотиной изъ мусора; сейчасъ за плотиной рѣка сочится мутными струями, но чѣмъ дальше, тѣмъ болѣе она свѣтлѣетъ и, наконецъ, снова бѣжитъ быстрымъ и чистымъ потокомъ (Кочаровскій). Дѣйствительно, общинный духъ русскаго народа сказывается въ такомъ множествѣ явленій, что одно перечисленіе ихъ заняло бы много мѣста и времени. Вспомните склонность русскаго народа къ разнаго рода артельнымъ и, вообще, кооперативнымъ соединеніямъ. Крестьяне обнаруживаютъ рѣшительное предпочтеніе дѣйствовать „міромъ“, „скопомъ“, даже въ дѣлѣ исканія земли. Аренды товариществами и общинами преобладаютъ надъ личными. Такимъ же характеромъ отличаются и покупки земли: мало-помалу даже общинная покупка съ помощью крестьянскаго банка вытѣсняютъ не только личныя, но и товарищескія. При переселеніи крестьяне, по ихъ выраженію, „сбиваются“ въ партіи, выбирающія нерѣдко особыхъ старостъ, уполномоченныхъ и т. п. Для нахожденія удобныхъ земель, группы собирающихся переселиться семействъ посылаютъ на общія средства ходоковъ. Народные учителя въ Таврической и Саратовской губерніи разсказывали изслѣдователю народной жизни г. Кочаровскому („Народное право“, стр. 221), что очень часто мужики, приводя въ школу ребенка и получивъ отказъ за переполненіемъ, возмущаются, указывая, что у другихъ хозяевъ учатся по два ребенка, и требуютъ, чтобы сначала были приняты отъ каждаго по одному, и уже потомъ, на оставшіяся мѣста, принимать вторыхъ дѣтей. Изслѣдователямъ общинныхъ правоотношеній приходилось часто сталкиваться съ такимъ явленіемъ, что никто изъ общинниковъ не желалъ давать отвѣтъ отъ себя лично, „такъ какъ дѣло это общественное“, и потому приходилось дѣлать опросъ на сходѣ, причемъ каждый вопросъ обстоятельно обсуждался и записывался въ одобренной редакціи.

Вы видите, что это поразительное проявленіе въ крестьянской средѣ солидарности интересовъ, которымъ проникнутъ весь укладъ жизни деревни, нельзя считать чѣмъ-то случайнымъ, искусственно привитымъ; оно логически вытекаетъ изъ общиннаго правосознанія и выработалось въ той тяжелой борьбѣ за существованіе, которая ведется нашимъ крестьянствомъ.

Поэтому-то семейно-правовыя отношенія крестьянъ проникнуты тѣмъ же началомъ коллективизма, какъ и община. По словамъ г-жи А. Ефименко („Изслѣдованія народной жизни", стр. 153), большая часть вещей, которыми пользуется крестьянинъ,—не его личная собственность, а коллективная, семейная, между тѣмъ какъ въ культурныхъ слояхъ нашего общества мы видимъ какъ разъ обратное явленіе. Отсюда проистекаютъ и особенности въ характерѣ крестьянскаго наслѣдованія, которое чаще представляетъ собою раздѣлъ общей собственности (по поводу ли смерти, или даже безъ такого повода), чѣмъ собственно наслѣдованіе въ современномъ юридическомъ смыслѣ этого слова: соискатели крестьянскаго наслѣдства являются, прежде всего, членами одной трудовой ассоціаціи—семьи и участниками ея общей собственности. То же начало принимается нерѣдко по отношенію къ землѣ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда движимое имущество состоитъ въ исключительномъ обладаніи главы семьи. Н. Астыревъ („Въ волостныхъ писаряхъ") наблюдалъ, напр., въ Воронежской губерніи, что крестьянинъ никогда не смотритъ на землю, находящуюся во владѣніи семьи, какъ на собственность главы семьи—дѣда или отца. Всякій знаетъ, что въ случаѣ отдѣленія его отъ семьи, его доля (не душа, а доля) должна пойти съ нимъ и никакъ не можетъ быть удержана старшимъ въ семьѣ. Въ случаѣ малѣйшаго отступленія отъ существующихъ обычаевъ, дѣло непремѣнно доходитъ до суда. „Случалось", говоритъ г. Астыревъ: „что отцы выгоняли своихъ сыновей изъ дому, не давая имъ „ни синь-пороху" изъ движимаго имущества, но земли удержать при себѣ не могли!"

Фактъ распространенности семейной собственности подчеркивается и извѣстнымъ оффиціальнымъ „Сводомъ Заключеній Губернскихъ Совѣщаній по вопросамъ относящимся къ пересмотру законодательства о крестьянахъ" (т. II). Совѣщанія эти были созваны министерствомъ внутреннихъ дѣлъ, а труды ихъ изданы Земскимъ отдѣломъ названнаго министерства. Между тѣмъ въ объяснительной запискѣ по внесенному этимъ министерствомъ въ Государственную Думу законопроекту, который, подъ скромнымъ заглавіемъ „О дополненіи нѣкоторыхъ постановленій дѣйствующаго закона, касающихся крестьянскаго землевладѣнія и землепользованія", фактически повторяетъ и дополняетъ постановленія указа 9-го ноября 1906 года, авторы этой записки категорически утверждаютъ, что „институтъ семейной собственности созданъ у насъ лишь практикою Правительствующаго Сената, но не имѣетъ

твердой почвы (!?) въ законѣ", добавляя, при этомъ, что указанія на принадлежность подворныхъ участковъ крестьянскимъ семействамъ имѣется только въ мѣстныхъ положеніяхъ, въ которыхъ, на ряду съ этимъ, собственникомъ подворнаго участка признается и домохозяинъ. На этомъ основаніи и предлагается конструкція, по которой усадебные и подворные участки принадлежатъ не всему двору домохозяина, а лично—послѣднему. Мы видѣли однако, въ какой мѣрѣ такая конструкція соотвѣтствуетъ народнымъ представленіямъ объ этой сферѣ отношеній. То или другое разрѣшеніе относящихся сюда вопросовъ является, не только теоретически, но и практически, далеко не безразличнымъ. Уже въ настоящее время, по свидѣтельству судебныхъ дѣятелей, число споровъ о надѣльной землѣ быстро прогрессируетъ, толчкомъ къ чему послужилъ указъ 9 ноября 1906 года. Добавьте къ этому множество недоразумѣній и контроверзъ, возникающихъ по дѣламъ, разсматриваемымъ въ порядкѣ административномъ, и получится болѣе или менѣе вѣрное представленіе о послѣдствіяхъ столкновенія формальнаго закона съ обычно-правовымъ жизненнымъ укладомъ. Моя цѣль—не догматическая. Я имѣю въ виду лишь отмѣтить тотъ разрывъ, который все болѣе обозначается между взглядами крестьянства на семейную собственность и закономъ.

III.

Общая собственность донынѣ является однимъ изъ основныхъ догматовъ крестьянскаго правосознанія. Однако, какъ вѣрно говорится въ одномъ сенатскомъ рѣшеніи, цитируемомъ, между прочимъ, въ „Трудахъ редакціонной комиссіи по пересмотру законовъ о крестьянствѣ" (т. V, стр. 61—62) еще до изданія положенія о крестьянахъ 19 февраля 1861 года сельскія общества составлялись изъ отдѣльныхъ семействъ, мірская земля распредѣлялась по семействамъ, при переселеніи крестьянъ отводились имъ семейные участки, самое народосчисленіе велось по семьямъ, отдѣльнымъ семьямъ писались ревизскія сказки, семейные списки, семейство отбывало рекрутскую и другія повинности, дѣти мужского пола составляли нераздѣльную часть семьи отца, хозяйство семьи составляло нераздѣльную принадлежность всего семейства... Съ изданіемъ положенія 19 февраля 1861 года законодательство не ввело никакихъ измѣненій во внутреннюю исторически сложившуюся жизнь крестьянскаго сословія; оно лишь издало правила

объ улучшеніи быта крестьянъ, даровавъ имъ имущественныя и личныя права и не касаясь ихъ бытовой жизни.

Понятно, что семейное право съ лежащимъ въ его основѣ трудовымъ началомъ, не могло быть создано государствомъ. Какъ и община, оно—порожденіе народнаго быта. Сообразно этимъ бытовымъ условіямъ, семейная собственность состоитъ въ томъ, что, какъ земля, такъ и прочее имущество (все или часть) принадлежитъ въ крестьянской средѣ, по общему правилу, не главѣ семьи или отдѣльнымъ взрослымъ правоспособнымъ членамъ семьи, а *всей семьѣ въ совокупности*, такъ что глава семьи является представителемъ этой союзной единицы. Отсюда, напр., общее правило, что долгъ, сдѣланный однимъ изъ членовъ семьи, падаетъ на всю семью, такъ какъ предполагается, если не доказано противное, что заёмъ сдѣланъ былъ на общія потребности семьи. Долгъ изъ общественной кассы предполагается сдѣланнымъ на нужды всей семьи. Только въ рѣдкихъ случаяхъ волостной судъ, по особымъ фактическимъ условіямъ, отказываетъ во взысканіи съ односемейнаго брата по долговой роспискѣ. Отсюда—также довольно обыкновенный въ крестьянской средѣ обычай назначать опеку надъ расточителями въ огражденіе правъ другихъ членовъ семьи на общее имущество.

Принципъ общей собственности семьи не составляетъ у насъ исключительнаго достоянія сельскаго населенія, но удержался и у городскихъ сословій купечества и мѣщанства. Но такъ какъ сословія эти подчинены дѣйствію свода и общихъ судовъ, а не суда, имѣющаго право и возможность примѣнять народные обычаи, то вышеприведенный принципъ у городского населенія не пользуется никакой судебной практикой. Въ семействахъ купцовъ обычай общей семейной собственности сократился до послѣдняго времени и свойство „неотдѣленности“ дѣтей выражается внѣшнимъ образомъ въ припискѣ ихъ къ капиталу домовладыки. Такъ, старый Сенатъ признавалъ (Ж. М. Ю. 1860 г., кн. 8, стр. 231), что приписка къ одному капиталу даетъ права на наслѣдованіе. Но практика новыхъ судовъ измѣнила этотъ порядокъ, не давая никакого вліянія обычаю. Несмотря на то, что законъ, казалось бы, даетъ судебной практикѣ достаточную опору для признанія народнаго института общей семейной собственности, индивидуализмъ свода, признающаго лишь одну личную собственность, сдѣлалъ невозможной судебную защиту противоположнаго вида, организацію имущественныхъ отношеній въ семьѣ...

Значеніе семейнаго начала, лежащаго въ основѣ земельнаго строя крестьянъ, хорошо освѣщается въ „Трудахъ Редакціонной Комиссіи по пересмотру законодательства о крестьянахъ“ (т. V, стр. 61 и слѣд.). Тамъ вполнѣ признается, что это начало создано не сенатскою практикою, а сложилось исторически подъ вліяніемъ земледѣльческаго быта, что крестьянская семья—союзъ не только кровный, но и хозяйственный. „Общность труда и общность хозяйства“, говорится въ этихъ „*Трудахъ*“, „неизбѣжно влекутъ за собой также и общность имущественныхъ правъ и интересовъ. Участвуя собственнымъ трудомъ въ накопленіи и, такъ сказать, въ созиданіи семейнаго имущества, члены семьи не могутъ смотрѣть на это имущество, какъ на чужое, какъ на собственность исключительно домохозяина; напротивъ, въ ихъ глазахъ оно является общимъ достояніемъ всей семьи, *семейною собственностью*. Это такъ называемое трудовое начало оказываетъ вліяніе и на самый составъ двора. Трудовое начало, съ одной стороны, съуживаетъ составъ крестьянскаго двора, исключая изъ него отдѣлившихся отъ двора ближайшихъ кровныхъ родственниковъ, и съ другой—расширяетъ его введеніемъ въ кругъ членовъ двора лицъ постороннихъ, напр., пріемышей“.

По словамъ одного изслѣдователя, „значеніе народныхъ юридическихъ воззрѣній на формы собственности и право наслѣдованія для всего уклада хозяйственной, семейной и общественной жизни крестьянства, настолько велико, что ими можно, сказать, главнымъ образомъ, опредѣляются всѣ проявленія, какъ въ той, такъ и въ другой сферѣ жизни“. („Сборникъ стат. свѣд. по Роменскому уѣзду, стр. 41). Тотъ же авторъ обращаетъ вниманіе на поразительное явленіе единообразія и даже тождества рѣшеній волостныхъ судовъ по дѣламъ семейно имущественнымъ и наслѣдственнымъ въ рядѣ южно-русскихъ губерній, при разномъ отличіи проводимыхъ въ нихъ началъ отъ положеній существующаго нынѣ гражданскаго права и существовавшаго прежде права по Литовскому статуту, что ясно указываетъ *на исконное существованіе ихъ у населенія.*

Эти особенности крестьянскаго семейнаго быта встрѣчаютъ признаніе и у юристовъ, искусившихся преимущественно въ комментированіи и изученіи дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ. Такъ С. В. Пахманъ подтверждаетъ своеобразіе крестьянской семьи, состоящее, какъ въ совмѣстности хозяйства болѣе или менѣе значительнаго числа членовъ семьи, такъ и въ трудовомъ

началѣ и возстаетъ лишь противъ попытокъ построить эти отношенія отличительно на артельномъ, трудовомъ началѣ, безъ принятія въ соображеніе началъ власти и родства. Другой юристъ, А. И. Лыкошинъ, въ упомянутой уже мною работѣ о семейной собственности, изложивъ обычно-правовую конструкцію ея, приходитъ къ заключенію, что коренная разница между семейнымъ строемъ крестьянъ и другихъ сословій—очевидна, и находитъ невозможнымъ распространеніе на имущественныя отношенія между членами крестьянской семьи усвоенныхъ нашимъ X томомъ строгихъ римскихъ началъ личной собственности. Любопытны нѣкоторыя параллели, имъ проводимыя. „Даже въ крестьянской семьѣ, состоящей лишь изъ родителей и дѣтей, положеніе послѣднихъ въ семьѣ“,—говоритъ онъ:—„кореннымъ образомъ отличается отъ положенія дѣтей въ другихъ слояхъ общества. Дѣти у крестьянъ съ самыхъ малыхъ лѣтъ становятся помощниками родителей. 6—7 лѣтній ребенокъ уже няньчитъ маленькаго братишку или сестренку, давая возможность старшимъ отлучиться изъ дома, работать въ полѣ; ему нѣтъ еще и 10 лѣтъ,—а онъ уже загоняетъ лошадей въ табунъ, пасетъ телятъ, задаетъ кормъ скотинѣ; въ томъ возрастѣ, когда наши дѣти засаживаются за латынь, крестьянскій мальчикъ начинаетъ уже справлять болѣе легкую мужицкую работу, а къ 16—17 годамъ совсѣмъ входитъ въ силу, дѣлается настоящимъ мужикомъ. У насъ же нерѣдкость встрѣтить чуть не 30-лѣтнихъ юношей, тяжелою обузою висящихъ на шеѣ родителей и составляющихъ одну изъ главныхъ расходныхъ статей родительскаго бюджета. Немудрено, что и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми слагаются въ нашемъ и крестьянскомъ бытѣ различно: у крестьянъ сыновья, на глазахъ всей семьи и всего общества, участвующіе въ накопленіи семейнаго достоянія, уже чрезъ это одно пріобрѣтаютъ извѣстное право на такое имущество, не говоря о томъ, что въ мѣстностяхъ съ общиннымъ владѣніемъ отецъ получаетъ на долю сыновей дополнительный надѣлъ изъ общинной земли. Напротивъ, наши дѣти, не искупающіе даже, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, издержекъ своего воспитанія и содержанія, не имѣютъ рѣшительно никакого основанія простирать притязанія на родительское имущество. Поэтому если и заходитъ у насъ рѣчь объ установленіи нѣкоторой имущественной общности между родителями и дѣтьми, то какъ разъ въ обратномъ смыслѣ, чѣмъ у крестьянъ, именно въ смыслѣ предоставленія родителямъ извѣстныхъ правъ на иму-

щество дѣтей, въ видѣ вознагражденія за затраты на послѣднихъ". Эта параллель могла бы быть хорошимъ отвѣтомъ тому, кто находитъ, что семейныя особенности крестьянскаго уклада жизни созданы сенатской практикой. Сошлемся еще разъ на того же автора, г. Лыкошина, подчеркивающаго, что въ изданномъ министерствомъ внутреннихъ дѣлъ „Сводѣ заключеній губернскихъ совѣщаній" изъ 28 совѣщаній, отвѣтившихъ на вопросъ семейной собственности, 20 признали ее существующею и подлежащею сохраненію (стр. 141). Такъ Ярославское Совѣщаніе признаетъ принадлежность подворнаго участка цѣлому двору (№ 2333), а Минское Совѣщаніе удостовѣряетъ, что простые не понимали совершившуюся въ 1861 году реформу въ смыслѣ принадлежности подворнаго участка крестьянскому семейству, имъ надѣленному (№ 2315). Пермское Совѣщаніе (№ 2321) также отмѣчаетъ принадлежность подворнаго участка цѣлому крестьянскому двору, если этотъ участокъ не былъ пріобрѣтенъ домохозяиномъ путемъ покупки, а поступилъ въ надѣлъ или перешелъ по наслѣдству, причемъ, по принятому обычаю, такіе участки отчуждаются не иначе, какъ съ согласія всѣхъ взрослыхъ членовъ семьи. По словамъ Полтавскаго Совѣщанія (№ 2323), въ крестьянской семьѣ каждый членъ семьи имѣетъ право на семейное имущество въ размѣрѣ своего труда въ пользу общаго хозяйства.

Въ общемъ наличность семейной собственности у крестьянъ пользовалась до послѣдняго времени оффиціальнымъ признаніемъ, не говоря уже о спеціальной литературѣ, посвященной изслѣдованію народной жизни. Категорическое отрицаніе ея мы находимъ лишь въ статьѣ М. А. Лозинскаго. Однако дѣлаемыя имъ ссылки и возраженія не представляются убѣдительными и прекрасно разобраны и опровергнуты г. Лыкошинымъ въ его работѣ. Впрочемъ и Лозинскій, относясь отрицательно къ семейной собственности, признаетъ, что рано пѣть отходную общинному укладу жизни крестьянства... Нѣкоторыхъ вводитъ въ заблужденіе то обстоятельство, что въ крестьянской средѣ, состоящей изъ родителей и дѣтей, отцу принадлежитъ, по народному взгляду, безусловная власть надъ всѣми членами семьи, въ виду чего онъ можетъ почти совершенно произвольно распоряжаться семейнымъ имуществомъ. Это и даетъ иногда поводъ къ утвержденію, будто бы семейное имущество составляетъ личную собственность отца семейства. Но, по справедливому замѣчанію по этому поводу Е. И. Якушкина (Обычное право, вып. 2, стр. XIII), если ограниченія

отца въ его хозяйственныхъ распоряженіяхъ и даже полное устраненіе его отъ хозяйства могутъ быть объяснены интересами общины или семьи, то выдѣлъ имущества сыновьямъ, помимо воли отца, можетъ быть объясненъ только существованіемъ семейной собственности.

Но самымъ краснорѣчивымъ доводомъ въ пользу общности семейнаго имущества надо считать наличность семейныхъ раздѣловъ у крестьянъ. Ихъ бы не было, если бы домохозяинъ имѣлъ, по крестьянскимъ понятіямъ, неограниченную власть надъ руководимымъ имъ хозяйствомъ. Эти раздѣлы производятся иногда вопреки волѣ домохозяина и, притомъ, всегда *соразмѣрно труду*, вложенному каждымъ членомъ семьи въ общее хозяйство. Что же касается поводовъ къ раздѣламъ, то здѣсь наибольшую роль играютъ семейные раздоры, т. е. причины внутренняго, а не внѣшняго характера и о какомъ-либо воздѣйствіи со стороны государства или общества не можетъ быть и рѣчи.

Семейный раздѣлъ, какъ вѣрно замѣчаетъ г. Лыкошинъ въ той же работѣ, предполагаетъ наличность, надлежащаго раздѣлу общаго, семейнаго имущества. Это—необходимое условіе. На какомъ основаніи, въ самомъ дѣлѣ, могли бы члены семьи домохозяина требовать раздѣла, если бъ земля и движимость принадлежали исключительно домохозяину, а не всей семьѣ? Вотъ почему, продолжаетъ тотъ же авторъ, внѣ крестьянскаго сословія, принудительные семейные раздѣлы у насъ не существуютъ, и *выдѣлъ* дѣтей при жизни родителей допускается лишь по желанію послѣднихъ. Такимъ образомъ, самая наличность въ общемъ положеніи правилъ о семейныхъ раздѣлахъ, въ особенности же допущеніе семейныхъ раздѣловъ помимо воли домохозяина, служитъ наглядным доказательствомъ признанія, по закону, подворныхъ участковъ и усадебъ семейнымъ достояніемъ, а не собственностью отдѣльныхъ домохозяевъ.

Съ изданіемъ Высочайшихъ Указовъ 5 октября и 9 ноября 1906 года, положеніе существенно измѣнилось. Хотя пунктъ 7 ст. 62 Общ. Полож. и остался закономъ дѣйствующимъ, но, какъ извѣстно, пунктомъ 1 разд. III указа 9 ноября постановлено, что подворные участки и усадебные участки при общинномъ пользованіи составляютъ личную собственность домохозяевъ, за которыми эти участки значатся по землеустроительнымъ актамъ, общественнымъ приговорамъ, постановленіямъ крестьянскихъ учрежденій, актамъ объ отчужденіи и рѣшеніямъ судебныхъ мѣстъ. При на-

личности закона, предоставившаго подворные и усадебные участки въ личную собственность домохозяевъ, не можетъ, вообще, возникать никакихъ вопросовъ о семейныхъ раздѣлахъ, такъ какъ послѣдніе являлись слѣдствіемъ именно правъ на подворный или усадебный участокъ не одного какого-либо лица, а всѣхъ членовъ крестьянскаго двора. Поэтому-то въ одномъ изъ своихъ послѣднихъ опредѣленій Сенатъ призналъ (Указъ 5 ноября 1907 года № 4955), что послѣ изданія Указа 9 ноября 1906 года, впредь до изданія по этому предмету постояннаго закона, семейныя раздѣлы, вообще, могутъ быть производимы по отношенію къ тому лишь имуществу, которое составляетъ общую собственность цѣлаго двора, т. е. къ землямъ общиннаго пользованія. Такимъ образомъ, по дѣйствующимъ законамъ, пунктъ 7 ст. 62 Общ. Полож., изд. 1902 года, не распространяется на земли подворнаго владѣнія, а при общинномъ владѣніи сельскій сходъ, разрѣшая семейный раздѣлъ, не входитъ, по толкованію Сената, въ распредѣленіе между дѣлящимися усадебныхъ участковъ.

Отмѣняя обычно-правовой институтъ семейной собственности, указъ 9 ноября и предназначенный его замѣнить законопроектъ тѣмъ самымъ нарушаютъ установившіяся въ крестьянскихъ семьяхъ внутреннія правовыя отношенія, нарушаютъ тѣ имущественныя права отдѣльныхъ членовъ этихъ семействъ, которыя такъ логично вытекали изъ всего уклада крестьянской жизни и выработались въ цѣлую систему вѣковою обычно-правовою практикой. Мы уже подчеркивали и еще разъ подчеркиваемъ, что изслѣдователи народной жизни единогласно приходятъ къ выводу объ исконномъ существованіи относящихся сюда правовыхъ понятій въ населеніи. Мало того, съ семейной собственностью, какъ съ самостоятельнымъ институтомъ, при которомъ семья по отношенію къ третьимъ лицамъ является *единымъ цѣлымъ*, а члены ея въ то же время состоятъ собственниками семейнаго имущества, мы встрѣчаемся въ гражданскомъ правѣ родственныхъ намъ славянскихъ племенъ (Сербск. Гражд. Улож., ст. 58 и 508, Черног. улож. 1889 г. ст. 686 и 984).

Какъ ни относиться къ указанной отмѣнѣ, нельзя не замѣтить, что вопросъ о ней напрасно связали съ вопросомъ о выдѣлѣ изъ общины, такъ какъ характеръ семейныхъ отношеній не зависитъ отъ той или другой формы крестьянскаго землевладѣнія. Новыя законоположенія уже и теперь вызываютъ недоразумѣнія на мѣстахъ при разрѣшеніи споровъ объ имущественныхъ отношеніяхъ

членовъ крестьянской семьи и эта путаница будетъ все расти, грозя серьезными послѣдствіями. Еще въ 1900 году на эту опасность указывалъ А. И. Лыкошинъ и дѣйствительно нельзя же ожидать, что громадная масса крестьянъ (не домохозяевъ, а младшихъ членовъ семействъ) отнесется равнодушно къ мѣрѣ, совершенно лишающей ихъ права на имущество, искони признававшееся ими за общее, семейное. Дѣлаемая обыкновенно ссылка на то, что эта мѣра имѣетъ цѣлью разбить искусственную сословную обособленность крестьянства не убѣдительна, такъ какъ въ такомъ случаѣ слѣдовало бы говорить объ отмѣнѣ лишь тѣхъ ограниченій гражданскихъ правъ крестьянъ, которыя вызваны соображеніями фискальнаго и полицейскаго характера, а не тѣхъ особенностей крестьянскаго гражданскаго права, которыя выработаны ихъ земледѣльческимъ бытомъ и приноровлены къ нему.

По окончаніи доклада произошелъ обмѣнъ мнѣній.

А. В. Васильевъ, соглашаясь съ мыслями, высказанными докладчикомъ, предлагалъ обратить вниманіе на то, что въ настоящее время переселенцы получаютъ землю въ подворное пользованіе съ сохраненіемъ права собственности за государствомъ. Ссуды, выдаваемыя правительствомъ, составляютъ долгъ всего двора, всей семьи. Это аргументъ въ пользу признанія государствомъ существованія семейной собственности.

І. А. Шендзиковскій указывалъ на неопредѣленность понятія семеной собственности, которая приближается частью къ общей, а частью къ общинной собственности. Разрѣшеніе вопроса о способахъ пользованія семейной собственностью встрѣчаетъ неодолимыя затрудненія. Семейная собственность, возможная въ условіяхъ патріархальнаго быта и хозяйства, въ сложномъ хозяйствѣ она вызываетъ только споры и несогласія среди членовъ семьи. Законъ о семейныхъ раздѣлахъ есть мѣра, направленная противъ дробленія земельныхъ участковъ. Собственность въ крестьянской средѣ тягло, участокъ обремененъ податями, въ обезпеченіе ихъ необходимо предупредить обезцѣненіе участковъ. Интересы крестьянскаго землевладѣнія возможно было бы обезпечить приравненіемъ его къ родовому имуществу, неотчуждаемостью участковъ и установленіемъ болѣе совершенной опеки.

В. А. Яновичъ, признавая докладъ вообще правильно построеннымъ, указывалъ, однако, на то, что не было принято

во вниманіе фискальное происхожденіе общины и семейной собственности. Вмѣстѣ съ тѣмъ народному правосознанію вовсе не чуждо понятіе собственности индивидуальной, напр., въ отношеніи денегъ, заработанныхъ личнымъ трудомъ. Существованіе общей собственности создается главнымъ образомъ условіями патріархальнаго хозяйственнаго быта, при которомъ часто даже и не возникаетъ вопроса о томъ, кому принадлежитъ данное имущество.

Ф. С. Фустовъ находилъ, что въ докладѣ не проведено различія между частнымъ и публичнымъ правомъ. Въ настоящемъ случаѣ право на землю соединялось съ требованіемъ государства, чтобы земля не оставалась безъ работника, участокъ-тягло: кто-нибудь долженъ его обрабатывать для обложенія. Ограниченіе въ пользованіи и распоряженіи участкомъ создавало представленіе о семейной собственности, подобно тому какъ при маіоратномъ владѣніи возникаетъ мысль о собственности всего рода. Ссылка на порядокъ надѣленія переселенцевъ не можетъ служить доказательствомъ, въ этомъ случаѣ происходитъ надѣленіе не семьи, а одного лица, хотя и сообразно съ его семейнымъ положеніемъ.

Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ указывалъ на то, что вопросъ о семейной собственности вполнѣ разработанъ въ германской литературѣ. До рецепціи римскаго права въ Германіи, особенно южной части ея, существовала семейная собственность. Отецъ, въ силу принадлежавшей ему родительской власти, Munt, имѣлъ право владѣнія и пользованія имуществомъ. Впослѣдствіи на основѣ родительской власти развилась чисто личная собственность, которая невыгодно отразилась на интересахъ прочихъ членовъ семьи. Въ настоящее время германское право, отказываясь отъ крайностей индивидуальной собственности, установляетъ различныя ея ограниченія, напр., устанавливаетъ предѣлы обремененія участка, требуетъ согласія жены на отчужденіе участка и т. д. Желательно было бы, чтобы русское законодательство, отмѣняя семейную собственность, не повторяло ошибки германскаго права и не впадало въ крайности индивидуализма.

П. С. Цыпкинъ указывалъ, что докладчикъ является защитникомъ трудового начала; споръ о немъ до сихъ поръ еще не разрѣшенъ, противники и сторонники трудового начала не опровергли другъ друга. Въ частности докладчикъ, ссылаясь

на случаи самовольной обработки чужого участка, не принялъ во вниманіе того, что здѣсь имѣютъ примѣненіе начала необогащенія и играетъ большую роль добросовѣстность и недобросовѣстность затратившаго свой трудъ. Благодаря этому трудовое начало отступаетъ въ данномъ случаѣ на второй планъ. Докладчикъ кромѣ того слишкомъ легко обошелъ вопросъ объ искусственности происхожденія семейнаго начала.

А. А. Леонтьевъ полагалъ, что необходимо раздѣлить двѣ области, которыя смѣшивались и въ докладѣ и въ преніяхъ. Прежде чѣмъ говорить о неудобствѣ семейной собственности и способахъ ее устранить, нужно еще выяснить существо дѣйствующаго права. Докладчикъ сдѣлалъ крупную ошибку тѣмъ, что обратилъ мало вниманія на дѣйствующее законодательство. Матеріалы по составленію Полож. о крест. показываютъ, что обычное право было положено въ основаніе дѣйствующаго закона. Нельзя сомнѣваться въ томъ, что семейная собственность въ настоящее время существуетъ, и докладчикъ вполнѣ правильно указалъ на такія косвенныя доказательства, какъ право требовать семейнаго раздѣла, возможность смѣщенія домохозяина. Ошибка докладчика состоитъ въ томъ, что онъ преувеличиваетъ вліяніе указа 9 ноября 1906 г., ибо единоличнымъ собственникомъ домохозяинъ не дѣлается, если въ семьѣ имѣются боковые родственники. Сама по себѣ семейная собственность является институтомъ, который желательно сохранить, ибо благодаря ей возможно предупредить излишнее дробленіе земельныхъ участковъ, не прибѣгалъ къ какимъ-либо другимъ ограничительнымъ мѣрамъ. Указъ 9 ноября въ отношеніи домохозяина, имѣющаго однихъ нисходящихъ, разрушаетъ семейную собственность. Но для предупрежденія раздробленія участковъ онъ ничего не дѣлаетъ, хотя и сохраняетъ ограниченія крестьянина въ отношеніи продажи, залога, завѣщанія. Такимъ образомъ указанная цѣль не достигнута, но и единоличный собственникъ не получилъ свободы, наоборотъ, онъ еще болѣе искусственно стѣсненъ.

По окончаніи преній *предсѣдательствующій И. М. Тютрюмовъ* въ своемъ заключительномъ словѣ сказалъ слѣдующее: вопросъ о семейной собственности, несмотря на изданіе указа 9 ноября 1906 г., не потерялъ своего значенія, и теперь еще представляется настоятельная необходимость выяснить существо этого института. Докладчикъ совершенно правильно указывалъ,

что семейная собственность создана не одною лишь практикою Сената, какъ то доказываютъ нѣкоторые, но возникла на основаніи обычая и закона. Въ настоящее время возникъ вопросъ о переходѣ отъ семейной собственности къ индивидуальной. Однако, прежде чѣмъ приступать къ подобной реформѣ, слѣдовало предварительно подробно изслѣдовать институтъ семейной собственности. Несомнѣнно, что въ немъ могутъ быть начала, которыя препятствуютъ правильному экономическому и политическому развитію крестьянства, но въ то же время семейная собственность имѣетъ свои хорошія стороны. Какъ правильно указывалъ одинъ изъ оппонентовъ, желательно было бы избрать средній путь, его указываетъ намъ Западная Европа, опытомъ которой слѣдовало бы воспользоваться. Однако, наше законодательство сдѣлало попытку перейти прямо къ индивидуальной собственности. Какъ правильно здѣсь указывалось, цѣль эта закономъ не вполнѣ достигается, ибо личная собственность не возникаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ семействѣ есть боковые родственники. Такимъ образомъ самъ указъ 9 ноября 1906 г. не устраняетъ семейной собственности, но при этомъ возникаетъ вопросъ, какая собственность имъ подразумѣвается: общая или семейная? Съ одной стороны законъ говоритъ объ общей собственности, а съ другой стороны допускаетъ семейные раздѣлы, которые возможны лишь при семейной собственности. Какъ бы то ни было семейная собственность не есть институтъ искусственно созданный, онъ возникъ изъ условій правового и экономическаго быта крестьянства. Поэтому при предстоящихъ реформахъ съ нимъ необходимо считаться, чтобы не нарушить справедливыхъ интересовъ земледѣльческаго населенія. Настоящій докладъ и послѣдовавшія пренія по его содержанію показываютъ, что вопросъ о семейной собственности до сихъ поръ не утратилъ для насъ большого научнаго и практическаго значенія.

Затѣмъ *предсѣдательствующій*, *И. М. Тютрюмовъ*, предложилъ собранію выразить *докладчику В. В. Акимову* благодарность за его интересный докладъ, касающійся одной изъ важныхъ сторонъ народной жизни и давшій возможность членамъ юридическаго общества обмѣняться интересными пре-

ніями по столь важному вопросу, каковое предложеніе предсѣдательствующаго и было принято собраніемъ, единодушно привѣтствовавшимъ докладчика аплодисментами.

Затѣмъ предсѣдателемъ собраніе было объявлено закрытымъ въ 12 часовъ ночи.